Civilistische Studien

auf dem Gebiete

dogmatischer Analyse.

Von

Dr. Burkard Wilhelm Leist,

Großh. Sächs. Hofrath, ordentlichem Professor an der Universität zu Jena,
Ritter des Sächs. Ern. Hausordens und des Großh. Sächs. Falkenordens 1. Kl.

Drittes Heft.

Ueber die Natur des Eigenthums.

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Frommann.

1859.

Ueber die

Natur des Eigenthums.

Von

Dr. Burkard Wilhelm Leist.

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Frommann.

1859.

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

Beilagen.

Einleitung.

Der Zeitraum, nach welchem ich in diesem dritten Heft an die voraufgehenden beiden wieder anknüpfe, ist ein ziemlich langer geworden. Da das zweite Heft schon vor dem ersten ausgearbeitet worden war, also gleich nach Erscheinen des ersten Heftes das dritte bereits mannigfach vorbereitete begonnen werden konnte, so war ich früher der Meinung gewesen, daß der dritte Bruder den früheren bald folgen werde. Ein Wirbelwind eigenthümlicher Art aber, der sich in unserer Rechtswissenschaft inzwischen erhoben hatte, ließ es mir rathsam erscheinen, mit den eigenen Publicationen etwas zu zögern. Jetzt nachdem einige verflossene Jahre es ungefähr überschauen lassen, wohinaus das von anderen Seiten Angefangene und Angeregte gerichtet ist, mag es auch für mich ein nicht unangemessener Zeitpunkt sein, meinerseits den eingeschlagenen Weg weiter fortzusetzen.

Es läßt sich nicht läugnen, daß in neuerer Zeit eine frische An- und Aufregung in unserer juristischen Literatur hervorgetreten ist, und eine derartige Anregung zu lebendiger gesteigerter Thätigkeit trägt meist ihre guten Früchte. Ob aber

wirklich die Wissenschaft einen Schritt weiter rückt, wird wesentlich davon abhängen, ob in den Grundfragen, auf die für die Einzeluntersuchungen als ihren eigentlichen wissenschaftlichen Stützpunkt zurückgegangen werden muß, eine neue Erkenntniß oder eine erhöhete Einsicht gewonnen worden ist. Einzeluntersuchungen können allerdings auch bei ganz unrichtigen Grundstandpunkten trefflich gelingen, weil sie von den am Tiefsten liegenden Fragen durch eine lange Kette von Mittelgliedern so weit entfernt sind, daß der Einfluß der Grundfrage bisweilen auf ein Minimum einschwindet. Schließlich aber wirkt doch der Grundstandpunkt auch auf die an den äußersten Spitzen liegenden Fragen zurück, und soll es um eine nach allen Seiten hin forschende und arbeitende Wissenschaft gut und sicher bestellt sein, so muß der Zusammenhang mit den zu unterst liegenden Anfangspunkten der wissenschaftlichen Erkenntniß ein ununterbrochener und ein den Forschenden lebendig bewußter sein.

Es kann eine Zeit eintreten, in der sich über die Grundfragen eine entschiedene Divergenz der Ansichten kund thut. Alsdann wird es wenig helfen, wenn Einzelne rathen den Zwiespalt zuzudecken und auf der zudeckenden Oberfläche nur ruhig in den Einzeluntersuchungen fortzuarbeiten. Es wird nicht umgangen werden können, den Zwiespalt vollständig bloßzulegen, und wenn dann aus der Divergenz der Grundanschauungen in versöhnender Lösung ein wirklich neuer Erkenntnißsatz über die tiefstliegenden Fragen gewonnen worden ist, so wird daraus die Befruchtung zu einem dauernden Fortschritt der Wissenschaft hervorgehen.

Die vorliegenden Studien sind, in dem Bewußtsein daß ihnen der mannigfachste Widerspruch entgegentreten werde, aus dem Bedürfniß hervorgegangen, an einer Grundfrage sich zu versuchen und die hergebrachte Beantwortung derselben als irrig

nachzuweisen. Diese Studien sollen allerdings Einzeluntersuchungen enthalten, aber in ihrer Rückbeziehung auf die Grundfrage. Ich bin in diesen Studien aus dem Satze herausgetreten, daß der Anfangspunkt unserer wissenschaftlichen Untersuchung die positive Rechtssatzung sei. Indem ich der Meinung bin, daß wir in Betreff selbständig dogmatischer, von Innen heraus denkender Behandlung unserer Rechtsverhältnisse so ziemlich erst im Anfange stehen, halte ich dafür, daß es jenseits der positiven Rechtssatzung ein Etwas giebt, auf welches unsere wissenschaftliche Untersuchung zurückgehen muß. Ich behaupte danach, daß es möglich ist, Rechtsverhältnisse ganz selbständig aus sich heraus zu erklären, und indem wir ihren Stoff analysiren ein festes Residuum zu gewinnen, von dem aus wir erst zu einem wirklich genügenden Verständniß der in verschiedenen Völkern und Zeiten verschieden gestalteten positiven Rechtssatzung gelangen können. Dieses jenseit der positiven Rechtssatzung liegende Etwas ist nicht etwa ein Complex naturrechtlicher Fictionen, es ist ein fester objectiv gegebener Boden. Ich habe mir erlaubt, es im Allgemeinen das Bereich der Natursätze zu nennen.

Seit dem Erscheinen des ersten Heftes dieser Studien hat sich ein Kreis talentvoller Männer in den Jahrbüchern von Gerber und Ihering ein Organ gebildet, in welchem derselbe in einer „eigenthümlich neuen" Richtung „höherer Wissenschaft" die Resultate seiner „Constructionen" niederlegt. Es bezeichnet diese Richtung ihre Art der Behandlung des Rechtes als „naturhistorische Methode". Schon wegen der Wortähnlichkeit zwischen dem von mir in diesen Studien Verfolgten und der den Standpunkt jener Männer charakterisirenden Bezeichnung wird es nöthig sein, genau die Wege zu scheiden, auf denen hier und dort vorgeschritten wird. Es wird dies wohl nicht besser geschehen können, als indem ich die Darstellung, welche

Ihering von der „naturgeschichtlichen" Methode gegeben hat, in ihren Hauptzügen, und zwar gleich mit besonderer Rücksicht auf die in dem vorliegenden Heft untersuchte Eigenthumsfrage, hier zusammenstelle. Es hat freilich Ihering neuerdings gegen die seinem Standpunkt Widersprechenden einen Ton der Polemik angeschlagen, welcher den ferneren Aeußerungen von ihm abweichender Anschauungen nicht gerade die ruhigsten Gegenantworten in Aussicht zu stellen scheint. Indem ich mich nichtsdestoweniger dieser Gefahr hier aussetzen muß, wird es wohl nicht unangemessen sein daran zu erinnern, daß es in wissenschaftlichen Dingen noch nie und nimmer ein besseres Mittel gegeben hat, um der eigenen Ansicht den Sieg zu verschaffen, als den Weg der ruhigen leidenschaftslosen lediglich der Sache zugewandten Discussion.

Der Ausdruck der „naturgeschichtlichen Methode" ist nach Ihering der bezeichnendste, um das Wesen jenes ganzen neu aufgestellten wissenschaftlichen Standpunktes zusammenzufassen. „Es giebt keinen Ausdruck, der das Wesen so völlig erfaßte und träfe, als den der naturhistorischen Methode. Auf dieser Methode beruht das ganze Geheimniß der Jurisprudenz, alle ihre Anziehungskraft, alle ihre Macht über den Stoff, ihre ganze Würde und Ehre". Während die „niedere" Jurisprudenz sich nur mit „Rechtssätzen" beschäftigt, hat es die „höhere" jener Methode entsprechende Jurisprudenz mit „Rechtsinstituten" zu thun. Die Rechtsinstitute sind „juristische oder Rechtskörper". Man hat darunter „Existenzen, logische Individualitäten, juristische Wesen" zu verstehen. „Die höhere Wissenschaft erfaßt und erfüllt sie mit der Vorstellung des individuellen Seins und Lebens, sie entstehen, gehen unter, wirken, treten in Conflict mit anderen, sie haben ihre Aufgaben, Zwecke, denen sie dienstbar sind, und dem entsprechend

ihre eigenen Kräfte und Eigenschaften". Solch ein juristischer Körper findet im „Begriff" seine „logische Quintessenz, seinen innersten Kern oder Individualitätspunkt, in dem die ganze Kraft des Körpers beschlossen liegen muß". „Die allgemeinen Kategorien des Rechtskörpers sind zwar an sich inhaltlos, formal, allein so wie sie mit dem Stoff in Verbindung gesetzt werden, entwickeln sie eine außerordentliche dialectische Triebkraft". Diese Dialectik der Kategorien der Körper setzt nun die „Construction" in Bewegung. Die „Wissenschaft führt ihren Körper durch alle erdenklichen Lagen hindurch", sie sucht wo die Körper nicht gleich aneinanderpassen „einen Gesichtspunkt auf, der den Widerspruch beseitigt", sie weiß „jedes Neue durch eine geschickte Manipulation, durch irgend einen geeigneten Gesichtspunkt so zuzurichten, daß es mit dem Dogma in Einklang tritt", wobei denn im Falle des „Nothstandes" oft „die ganze dialectische Kunst des Juristen zur äußersten Anspannung und damit zu Erfindungen und Entdeckungen getrieben und gepreßt wird". Die „Construction" ist also ein „Erfinden", gebaut auf die dialectische Triebkraft der Körper, und zwar ein Erfinden gleichartig dem „Lotteriespiel". Wenn man übrigens unter hundert Nieten noch nicht mit dem Einen Treffer herausgekommen ist, so ist auch einstweilen „eine schwerfällige gezwungene Construction, so lange man keine bessere an die Stelle setzen kann, berechtigt und unentbehrlich". Es ist nun aber „erklärlich, da die ganze Construction einmal auf einer naturhistorischen Anschauung beruht, daß sie sich den Gesetzen und Vorgängen der Natur möglichst eng anzuschließen, sie auf ihrem Gebiete und in ihrem Stoffe möglichst nachzubilden sucht, und nicht selten scheint das ‚naturale' der Römer eben diese Bedeutung einer Natur-Imitation zu haben (z. B. in fr. 38. (35) de reg. jur.)."

In dieser dialectischen Thätigkeit hält sich nun die con-

structive Methode in den Stand gesetzt, durch „Production im strengsten Sinn" ganz neues Recht zu machen, und „die Hervorbringung eines absolut neuen Stoffes" bewirken zu können. Sie versteht es, mittelst „Anlegung und Durchführung eines bloßen Gesichtspunkts Wunder zu thun". Sie bringt „mit den Körpern eine Veränderung hervor, indem sie dieselben in einen höheren Aggregatzustand versetzt", sie enthält einen „Keim, der, wenn er erschlossen wird, eine totale Umgestaltung des Rechtes nach sich zieht. Sache der Jurisprudenz ist es, diesen Keim zu erschließen und zur vollen Entfaltung zu bringen, also den gesammten Rechtsstoff im Sinne jener Auffassungsweise zu gestalten, den Gesichtspunkt eines individuellen Seins und Lebens in allen seinen Consequenzen durchzuführen". So ist es denn wirklich richtig, was „einen Juristen des vorigen Jahrhunderts, den Germanisten Runde, bestimmte, die Natur der Sache als Rechtsquelle aufzustellen; es giebt kaum einen Ausdruck, der der naturhistorischen Anschauung sowohl der Sache wie dem Namen nach so nahe käme". —

In besonderem Hinblick auf das Eigenthum kommt also Alles darauf an, daß man den Unterschied verstehe, der darin liegt, daß man „statt: Rechtssätze über das Eigenthum —: Eigenthumsinstitut oder: Eigenthum sagt". Das Eigenthumsrecht ist ein „Körper", dessen dialectische Triebkräfte man in Bewegung setzen muß. Man muß seinen „Begriff" aufstellen, und das „logische Problem" lösen, den Begriff ohne Ausnahme hindurchzuführen. „Ein Begriff duldet keine Ausnahmen, so wenig wie ein Körper sich verläugnen, ausnahmsweise etwas andres sein kann als er ist. Läßt sich also eine Lage des Körpers auffinden, die mit dem aufgestellten Begriff unverträglich ist, die ihn so zu sagen zum Schweigen bringt, so fehlt ihm die wissenschaftliche Lebensfähigkeit und das Recht auf Existenz". Nach diesem Begriff entscheidet sich „z. B. die

Frage der Fortdauer des Eigenthums an einer in's Meer gefallenen Sache, an einem entflohenen Vogel, entronnenen Wilde." Nach diesem Begriff des Eigenthumskörpers ergiebt sich wieder innerhalb desselben „eine ansehnliche Zahl von Rechtskörpern, bei denen ein Zweck überall gar nicht angegeben werden kann, da sie nicht einem practischen Bedürfniß (utilitas), sondern nur der juristischen Consequenz oder Nothwendigkeit *(ratio juris)* ihren Ursprung verdanken, nur existiren, weil sie nicht nicht-existiren können (z. B. die Specification, die Accession im Gegensatz der Usucapion)". Diese kleineren Körper im Eigenthumskörper sind geschaffen rein durch die Jurisprudenz, wozu ihr „das positive Recht auch nicht den geringsten Anhaltspunkt den leisesten Anstoß gegeben hat. Oder wo stand etwas über den Eigenthumserwerb durch Specification und Accession? Diese Lehren sind wahrhafte juristische Productionen, gewonnen rein auf dem Wege der juristischen Speculation. Der Stoff z. B. aus dem die Jurisprudenz die Lehre von der Specification und Accession entwarf, war nichts als der allgemein logische Begriff der Identität, angewandt auf die Umgestaltung der Sache".

Auch diese „naturgeschichtliche Methode" sucht jenseits der positiven Rechtssatzung ein Etwas, durch dessen Erfassung man einen festen Standpunkt für die wissenschaftliche Behandlung der Rechtsinstitute gewinne. Indessen dieses Etwas soll ein logisches Abstractum sein, also ein (subjectiv) Gedachtes, dessen Existenz aber in unserer Gedankenwelt eine Nothwendigkeit ist. Die Begriffe, die nicht nicht-existiren können, wie Specification Accession, sind eben damit gleich von selbst juristische Körper, Theile des logisch gegebenen Rechtssystems. Alles in dem Begriff Steckende ist nothwendig damit ein juristisch und prac-

tisch Bestehendes, und alles auf dieser juristischen Nothwendigkeit oder der juris ratio [also doch insbesondere der naturalis ratio] Ruhende ist damit Theil des geltenden Rechtes. Indem wir Juristen die logische Operation der Aufdeckung und systematischen Zusammenordnung dieser Begriffe oder Körper vollziehen, schaffen wir unmittelbar neues Recht, und diese „Natur der Sache" oder wie man auch sagen könnte, dies logische Recht ist eine vollkommen gleichberechtigte Rechtsquelle neben dem positiven Gesetzes- und Gewohnheitsrechte. Es sind also nicht etwa Specification und Accession nur die Natur oder Physis eines Verhältnisses gegenüber dem sehr verschieden gestaltbaren Rechtsinstitute, sondern sie sind, als der allgemein logische Begriff der Identität angewandt auf die Umgestaltung der Sache, absolute Nothwendigkeiten, die ebendeßhalb auch allenthalben, zu allen Zeiten und in allen Völkern, bestehen, nur daß sie nicht allenthalben „entdeckt" worden sind. Sind sie dann aber durch die juristische Speculation aufgefunden, so gelten sie auch gleich unmittelbar als Recht. —

Es wird Niemand läugnen, daß dieser hier für das Civilrecht aufgestellten Methode in anderen Gebieten schon gleichartige Anschauungen vorausgegangen sind. Auch in Betreff des Staats haben Andere bereits sich aus dem Begriff des Staats mit logischer Nothwendigkeit das Staatsgebäude construirt, das auch alsbald ein practisch bestehendes sein soll. Ich will aber die Verwandtschaften dieses Standpunktes mit anderen schon früher dagewesenen nicht weiter verfolgen, ich will ihn auch überhaupt hier nicht critisiren. Es war nur meine Absicht ihn zu charakterisiren, um durch bequeme Gegenüberstellung den Leser bei den in dieser Schrift dargelegten Untersuchungen zur Vergleichung zu veranlassen. Mit jener Methode habe ich gemein das Bedürfniß, einen festen Boden noch jenseits der positiven Rechtssatzung zu gewinnen, aber

man wird sehen, daß die Wege, solchen Boden zu erreichen und für das wissenschaftliche Verständniß des Rechtes anzubauen, völlig auseinandergehen. Ich meinerseits beschäftige mich mit einem objectiv-Gegebenen, der Physis der Lebensverhältnisse in ihrem Gegensatz und Zusammenhang mit den positiven Rechtsinstituten, und glaube damit auf dem Wege vorzuschreiten, den die historische Schule eingeschlagen hat. Dort dagegen stellt man ein subjectiv-Gemachtes hin, von dem sich jedenfalls wird sagen lassen, daß Sinn und Geist der historischen Schule daran keinen Antheil hat, und dessen Haltbarkeit wir hier zunächst dahin gestellt sein lassen wollen.

Jene Behauptung, daß ich meinerseits in den vorliegenden Studien den von der historischen Schule eingeschlagenen Weg verfolge, wird mir nicht Jeder ganz zuzugestehen geneigt sein. Man ist sehr gewohnt geworden, es als ein Hauptdogma der historischen Schule hinzustellen, daß indem alles Recht ein lediglich auf positiver Satzung Ruhendes sei, so auch alle wissenschaftliche Untersuchung lediglich von der positiven Rechtssatzung ihren Ausgangspunkt nehmen könne. Es ist gerade für das Charakteristische der historischen Schule erklärt worden, daß sie im Gegensatz zu dem subjectivirenden Individualstandpunkt der früheren naturrechtlichen Richtung die Grundlage aller Rechtsforschung in das positive Rechtsbewußtsein der Volksgesammtheit verlegt habe. Hiernach also scheint schon meine eigene in dieser Einleitung abgegebene Erklärung meine Untersuchungen außerhalb der historischen Schule in den Kreis der naturrechtlichen Tendenzen und Gelüste zu verweisen. Und in der That wird der lediglich nach jener Anschauung Urtheilende in dem vorliegenden Heft des Beweises genug für seine Ansicht anzutreffen vermeinen. Ist es doch gerade ein Hauptpunkt dieses Heftes, nachzuweisen daß die ersten Principien des Eigenthums

weder in einer sittlichen Gesammtanschauung noch in einer positiven Rechtssatzung der Volkskreise zu suchen sind. Und dem in den nachstehenden Untersuchungen speciell in Betreff des Eigenthums zu Sagenden muß ich hier noch eine allgemeinere Behauptung vorausschicken. Ich glaube, daß dem in neuerer Zeit in sehr verschiedenen oft recht mißglückten Formen hervorgetretenen Drängen nach einem neuen wissenschaftlichen Standpunkte eine wirkliche Berechtigung zum Grunde liegt. Es ist ein Bedürfniß laut geworden, das sich schwerlich wird zurückdrängen lassen: das Bedürfniß, den Gegenstand unseres Studiums nicht bloß als einen Complex verschiedener in den Volkskreisen so oder anders gestalteter Satzungen, also nicht lediglich als eine Mehrheit positiver innerlich unzusammenhängender Rechtsgebiete aufzufassen, sondern sich über die nationalen Rechtskreise der einzelnen Völker hinaus zu einem einheitlichen Standpunkte zu erheben. Der Rechtskreis des einzelnen Volkes ist ein Product des nationalen Bewußtseins und der gesetzgeberischen Thätigkeit, also überhaupt ein Product der Gesammt-voluntas dieses Volks in seiner geschichtlichen Entfaltung. Der gesetzgeberische wie der gewohnheitsrechtliche Wille sind immer nur Dinge von relativem Bestande, ihre Existenz bezieht sich nur auf diesen Volkskreis; geht man also allein von der Thatsache des Gesetztseins aus, so hat man für die wissenschaftliche Erklärung des Rechtes doch immer nur den Schlußpunkt: es ist so, weil es in diesem Volke so gesetzt ist; lex ita scripta est. Aber die Wissenschaft kann sich mit diesem Schlußpunkte nicht begnügen. Sie drängt weiter, sie fordert allgemeine Feststellung der Grundlagen, auf denen das positive Recht ruht. Irre ich nicht, so wird die Bewegung unserer Wissenschaft in der zunächst vor uns liegenden Zeit sich vorzugsweise um die beiden Dinge: Princip und positiver Rechtswille drehen. Was sind die Principien? Welche selbständige

Bedeutung haben sie? Wie verhalten sie sich zu dem wechselnden und verschieden gestalteten positiven Rechtswillen insbesondere der Römer und der Deutschen?

Der Gang einer Wissenschaft ist nicht ein Nacheinander von Zufälligkeiten, sondern er gehorcht höheren Gesetzen der Entwicklung. Wie der einzelne Mensch zuerst näher liegende Fragen sich beantwortet und dann auf Grundlage der gewonnenen Resultate sich weitere Fragen stellt, so sind auch die Fragen die eine bestimmte wissenschaftliche Periode beherrschen nicht willkürlich aufgeworfen, sondern in bestimmter Continuität an die frühere Periode sich anreihende. Die **Fragen** der Gegenwart sind das Product der richtigen und verfehlten **Antworten** der Vergangenheit.

Doch aber ist es immer noch sehr verschieden denkbar, **wie** die Gegenwart an die Lösung der ihr in der Continuität der wissenschaftlichen Entwicklung sich jetzt aufdrängenden Fragen herantritt. Die Fragen bleiben dieselben, die Versuche sie zu lösen können mannigfach von richtigen und von falschen Gesichtspunkten ausgehen. Ich habe vorher eine Richtung charakterisirt, die sich für die uns entgegentretenden Fragen meiner Ansicht nach auf einen unrichtigen Standpunkt stellt. Sie will allerdings in freier Selbständigkeit die Principien feststellen und den gewonnenen absoluten Maaßstab der Principien an die positive Römische und Deutsche Rechtssatzung legen. Aber die Principien sind subjectiv construirte und sie ruhen auf der nicht nachweisbaren Voraussetzung, daß es in der „Natur der Sache" eine eigene selbständige Rechtsquelle gebe, aus der wir Juristen abgesehen von der positiven Rechtssatzung unmittelbar neues Recht zu schaffen im Stande wären. — Soll es nicht möglich sein, auch wenn man derartige dem positiven Recht gegenüber vorausgesetzte logische **Rechtsprincipien** nicht anerkennt, doch zu

einer Aufklärung der wirklich vorhandenen Principien im Gegensatz zum positiven Recht zu gelangen?

Ich halte den Satz der historischen Schule für einen unumstößlichen, daß es kein Recht giebt außer dem durch Gewohnheit und Gesetz positiv gesetzten. Die Volkskreise also sind es in denen sich, wie sie einerseits objective sittliche Ueberzeugungen schaffen, so auch andererseits der Gesammtwille des Rechtes durch Volksbewußtsein und staatliche Anordnung feststellt. Es giebt über den Volkskreisen kein logisch oder dialectisch nothwendiges Recht; das Recht ist ein volklich und staatlich gegebenes, menschliche That, nicht eine vernunftmäßige Abstraction.

Wenn ich so den Satz der historischen Schule, daß der Anfang alles Rechtes lediglich in der positiven Satzung zu finden ist, für einen unerschütterlichen ansehe, so halte ich es andererseits für einen Irrthum und für ein mit der historischen Richtung nur unwesentlich und zufällig Verknüpftes, wenn man auch den Anfang unserer wissenschaftlichen Erkenntniß lediglich von der positiven Rechtssatzung herleitet. Die Rechtswissenschaft hat das Rechtsleben zu erkennen und damit selbständig das Leben und das Recht in's Auge zu fassen. Vor dem Recht aber bietet dieses Leben keineswegs bloß todte Bausteine oder einen rein äußerlichen Thatbestand. Wenn wir von Eigenthum reden, haben wir abgesehen von der positiven Rechtssatzung nicht etwa bloß den abstracten Menschen, die abstracte Sache und das äußerliche Haben (den Besitz) vor uns. Vielmehr das Zusammenleben der Menschen erzeugt, abgesehen von den in den einzelnen Volkskreisen sich bildenden sittlichen und rechtlichen Gesammtüberzeugungen, schon in sich selbst durch das Nebeneinanderwirken der Individuen festgegliederte Organismen, und das was wir hinterdrein als naturales Recht vorfinden, ja auch Vieles vom civilen Recht, erweist sich nicht erst als

durch das Gesammtbewußtsein „geschaffen“ sondern schon ohne das in factischem Bestande fixirt. Die wichtigsten Anfangspunkte (Principien) der Gestaltungen, die uns das Rechtsleben darbietet, liegen außerhalb des positiven Rechts, und ein wahres Verständniß des letzteren ist erst durch ein selbständiges Verständniß der ersteren möglich. Zu dieser Erforschung der richtigen Stellung der Principien gegenüber der positiven Rechtssatzung des einzelnen Volks ist die historische Richtung des Rechtsstudiums nicht bloß im Stande sondern vorzugsweise berufen; diese Arbeiten sind die nothwendige Fortführung des von der historischen Schule begonnenen Werkes. Die Aufgabe der historischen Schule ist volle Erkennung und ungetrübte Darstellung des objectiv Gegebenen. Dies objectiv Gegebene aber ist im Gegensatz zu den abstract subjectivistischen Constructionen des Naturrechts nicht lediglich zu suchen in dem sittlichen und rechtlichen Gesammtbewußtsein der Volkskreise. Die Gesellschaft der Menschen ist abgesehen von diesem einenden Gesammtbewußtsein keineswegs ein Complex abstracter Nummern, deren Stellung zu einander entweder gar Nichts darböte, oder (nach der entgegengesetzten Ansicht) aus der menschlichen Vernunft und aus logischer Nothwendigkeit herauszurechnen wäre. Die Stellung der Individuen ist vielmehr das Resultat lebendig gegeneinander wirkender aber auch gegeneinander sich feststellender Kräfte, und das Product der mit- und gegeneinander agirenden Individuen sind feste Organismen und Einrichtungen, die die menschliche Gesellschaft bewahrt und forträgt, ohne daß erst ein Gesammtbewußtsein einzelner Volkskreise sie geschaffen hätte. Diese Organismen und Einrichtungen, die nicht unsittlich und unrechtlich aber außersittlich und außerrechtlich sind, bilden für uns ein ebenso objectiv Gegebenes wie das in dem fixirten Gesammtbewußtsein der Volkskreise uns Dargebotene. In dem Gesammtgebiete aber dieser Einrichtungen

und Organismen verbunden mit den factischen Voraussetzungen, unter denen überhaupt das Agiren Wirken Gestalten und Sichgesellen der Menschen vor sich geht, — haben wir den Umkreis der Principien vor uns, deren volle wissenschaftliche Verarbeitung mit der positiven Rechtssatzung uns obliegt. Wir haben in diesen Principien nicht einen Complex von Vernunftsätzen vor uns, die sich etwa der Einzelmensch durch Contemplation aus sich heraus decretirte; wir haben es hier vielmehr mit bestehenden Verhältnissen, mit wirklichen realen Existenzen zu thun, die eben so sehr über dem Belieben und der Vernunftconstruction des Individuums stehen, wie andererseits das Gesammtbewußtsein des Volks über dem Einzelmenschen steht.

Die Verarbeitung dieser Principien mit dem Rechtswillen oder, wie man auch sagen kann, die durchgeführte Gegeneinanderstellung der Natur der Verhältnisse und des Gehaltes der positiven Rechtssatzung scheint mir gegenwärtig eine der Hauptaufgaben der Rechtswissenschaft. Es wird aber viel Wasser die Flüsse hinablaufen, ehe diese Arbeit einigermaßen bewältigt ist.

I.

Practische Stellung der Eigenthumsinstitution.

§. 1. Wenn man heutzutage die Frage aufwirft: was ist Eigenthum?, so wird von allen Seiten die Antwort darauf gegeben: es ist das Recht der vollen ausschließlichen Herrschaft über die Sache. Das Recht oder die Zutheilung der Sache durch das Recht ist der eigentliche Grund des Eigenthums; nehmen wir dies Moment hinweg, so bleibt lediglich das Besitzverhältniß übrig.

Ich bin nun der Ansicht, daß von solchem Grundstandpunkte aus das Eigenthum wissenschaftlich durchaus nicht vollständig erklärbar ist. Der Zweck, den ich überhaupt in diesen civilistischen Studien verfolge, läßt mich, wenn ich versuchen will die wirklichen Grundlagen des Eigenthums nachzuweisen, von vorn herein die Frage anders stellen. Indem ich an einzelnen Lehren es durchführen will, wie sich das thatsächlich selbständig unter den Menschen Bestehende von dem durch die Rechtssatzung der Völker Geschaffenen trennt, und wie erst in der gehörigen Scheidung und Gegenüberstellung des Reiches der Thatsache und des Bereiches der Rechtssatzung ein volles wissenschaftliches Verständniß des Rechtsverhältnisses möglich ist, — so scheiden sich mir danach in Betreff des Eigenthums von vorn herein zwei Fragen. Der Frage: was ist das (bei den meisten Völkern auftretende) Recht des (Privat-)

1 Eigenthums? muß die andere Frage vorauf gestellt werden: was ist die factische Natur, oder die Physis des Eigenthums? Um allen Mißverständnissen von vorn herein vorzubeugen, bemerke ich noch ausdrücklich, daß ich diese Erforschung der Physis, aber auch nur sie (also ein zunächst der juristischen Exposition Entgegenstehendes), mit dem Ausdruck der physiologischen Untersuchung bezeichnen werde. Erst wenn wir uns in Folge jener zweiten Frage vergewissert haben, ob es eine selbständige Physis des Eigenthumsverhältnisses giebt, oder ob wir etwa eine solche verneinen müssen, werden wir in der Lage sein, die Construction des Eigenthumsrechtes, wie sie in verschiedener Gestalt in verschiedenen Völkern auftritt, vom richtigen Standpunkt aus betrachten zu können.

Die nachfolgenden Untersuchungen werden uns zu dem Resultate führen, daß es unrichtig ist das Privateigenthum, im Gegensatz des factischen Besitzes, auf die Rechtssatzung der einzelnen Völker, insbesondere (wie jetzt gewöhnlich gelehrt wird) auf die Vertheilung der Güter, zurückzuführen. Vielmehr hat das Eigenthum auch schon seinen von der Rechtssatzung getrennten, und schon vor der Rechtssatzung einen socialen Organismus in sich fassenden factischen Stoff. Dieser factische Organismus (das Eigenthumsverhältniß oder die Physis des Eigenthums) ist an sich ein durch die ganze Menschheit sich gleichartig hindurchziehender, mag dann in den einzelnen Völkern die Rechtssatzung in der verschiedensten Weise daran anknüpfen und danach eine ganz verschiedenartige Geschichte des nationalen Eigenthumsrechts zur Folge haben.

Die genauere Nachweisung der Natur des Eigenthums wird uns zu Resultaten führen, die ich bereits in dem ersten Hefte dieser Studien S. 45. 46 mit der Andeutung, daß ich mir darüber weitere Untersuchung vorbehielte, kurz hervorgehoben habe. Das Eigenthum ist nicht ein Product des Rechts-

I.

satzes, sondern der Einzelkraft; das Eigenthum ruht nicht 1
erst auf Rechtssatz, sondern auf Natursatz. Es ist nicht richtig, das Eigenthum „aus dem logischen Bestehen des Rechtes als System“ zu erklären, in Folge dessen das bei uns geltende Eigenthumsrecht nach „der inneren juristischen Natur dieses Rechtsinstitutes“ als „Form des dinglichen Rechtsprincips“ zu dieser Gestalt gelangt. Von diesen „constructiven“ Versuchen für das Eigenthum einen Boden zu suchen (Versuchen, die im Grunde doch nur die alte Beschränktheit in sich fassen, das positiv-Römische für das absolut a priori Postulirte zu halten), werden die nachfolgenden Untersuchungen sich durchaus fern halten. Dieses apriorisch constructive Verfahren hat allerdings den Vortheil größerer Bequemlichkeit; es hat etwas sehr Verführerisches, das klar vor Augen liegende Römische Rechtsinstitut unmittelbar als Product logischer Nothwendigkeit zum Ausgangspunkt der Untersuchungen zu machen. — Unser Weg dagegen wird ein wesentlich mühsamerer sein. Vielleicht aber gewinnen wir damit einen Standpunkt, der für die Frage, wie das Römische Recht principiell zu erklären sei, einen festen, nicht willkürlich subjectiv construirten, sondern objectiv gegebenen Boden bildet; einen Standpunkt, der dann auch ebenso für die Erklärung des Deutschen Rechtes dieselben Dienste zu leisten im Stande sein wird. —

Die Römer nennen die Natur oder Physis der Lebensverhältnisse, und insbesondere auch des Eigenthumsverhältnisses, die *naturalis ratio.* Ich habe bereits im ersten Heft dieser Studien angedeutet, daß in der Verwendung dieses Begriffs bei ihnen einige Ungenauigkeiten und Unrichtigkeiten mit unterlaufen. Während sie fast immer unter diesem Worte mit ganz klarer Erkenntniß das bezeichnen, was hier der Gegenstand meiner Untersuchungen ist, nämlich die factische Natur der Lebensverhältnisse, so daß also ihre Aussprüche über die

1 naturalis ratio die physiologische Seite ihrer wissenschaftlichen Untersuchungen enthalten, so haben sie dann allerdings auch einige, aber sehr leicht erkennbare und auszuscheidende, philosophisch speculative Elemente eingemischt, wonach sie ein eigenes von der positiven menschlichen Rechtssatzung getrenntes Recht der Natur, ein jus naturale, aufstellen. In Betreff der Eigenthumslehre werden uns diese Elemente nicht berühren, ich brauche also hier nicht weiter darauf zurückzukommen. Ueberhaupt ist es aber, wie ich schon in dem ersten Heft dieser Studien erklärt habe, gar nicht meine Absicht, hier bloß auszusprechen und zu interpretiren, was die Römer als naturalis ratio eines Verhältnisses angesehen haben. Ich will bei meinen Untersuchungen über die Natur der Verhältnisse, und so auch des Eigenthums, auf eigenen Füßen stehen; aber ich wünsche andererseits auch nicht das kleinste Körnchen des feinen Nachdenkens der Römischen Juristen, das uns nach dieser physiologischen Richtung hin aufbewahrt worden ist, zu missen. Es würde ein Außerachtlassen ja nur eigener Schaden sein. Wer sich erst einmal darauf eingelassen hat, selbständig solchen physiologischen Forschungen nachzugehen, wird hinterdrein finden, daß die Stellen der Römischen Juristen von der naturalis ratio von ganz anderer Bedeutung sind, als sie einer allgemeinen vagen „speculativen" Redensart beigelegt werden dürfte.

2 §. 2. Man wird leicht geneigt sein mir bei meinem Versuch, die Physis des Eigenthums darzulegen, von vorn herein folgenden Einwurf zu machen. Möglich vielleicht, wird man meinen, daß das Eigenthum von einer gewissen factischen Grundlage getragen wird. Jedenfalls wird doch der Nachweisung dieser Grundlage wenig juristische Bedeutung beigelegt werden können. Mag auch die ursprüngliche Entwicklung des Eigenthumsbegriffs etwa so, wie hier behauptet wird, gewesen sein, so stehen wir doch jetzt auf anderem Standpunkt.

Das Privateigenthum ist, namentlich durch seine Entwicklung im Römischen Alterthum, zu vollem festen Rechte fixirt, die Art seiner Erwerbung, der vollkommene Rechtsschutz des Individuums dem Individuum gegenüber ist nun einmal, als ein vom Römischen Alterthum Adoptirtes, zu einem durch positive Rechtssatzung Festgestellten geworden. Alle Richtungen, in denen das Eigenthum Bedeutung erhalten, hat es bei uns doch nur in Folge der positiven Rechtssatzung, es ist also, wie sich auch die erste Entstehung des Eigenthumsbegriffs verhalten haben mag, praktisch jedenfalls doch nur der Rechtswille, aus dem das Eigenthum seine Erklärung erhält, und dieser bestehende vollständige Rechtswille hat dem etwaigen bloßen factischen Eigenthumsverhältniß jedes Plätzchen einer selbständigen Geltung genommen. Die Frage nach der Physis oder der Natur des Eigenthums ist also eine practisch doch immer bedeutungslose.

Ich muß, um diesem möglichen Einwurfe zu begegnen, die Frage einer genaueren Prüfung unterwerfen, welche Stellung der factische Stoff des Eigenthumsverhältnisses der positiven Rechtssatzung gegenüber für unsere wissenschaftliche Untersuchung einnimmt. Es wird nicht zu umgehen sein, daß ich dabei in etwas erweitertem Maaßstabe überhaupt die Stellung der positiven Rechtssatzung zum factischen Stoff ins Auge fasse. Ich erlaube mir für die Entwicklung meiner Ansicht die Auffassung Eines Schriftstellers, und zwar eines vorzüglichen, nämlich Kierulff's, mir gegenüberzustellen. Es steht mir in der von Kierulff besonders präcis dargestellten Ansicht eine weit verbreitete Anschauung entgegen.

Kierulff [1]) legt mit großer Feinheit den Begriff der ratio juris dar: „Der Rechtssatz (das Gesetz) ist die Verknüpfung einer Bestimmung oder rechtlichen Disposition mit bestimmten

1) Theorie des gem. Civilrechts. Erster Band.

2 Thatsachen. Diese bilden die Voraussetzung für jene, und sind innerhalb des Gesetzes selbst der Grund (ratio) der Bestimmung (juris). Der factische Stoff ist es, dessen Reichthum das Gesetz normiren will, der also auch den vollen Gehalt der gesetzlichen Intention bildet." Den Inbegriff dieser factischen Momente hat der Jurist zu erforschen (S. 28 f. z. B. S. 351. 352), und es ist an die Stelle der überwundenen altrömischen Periode des jus strictum (S. 20) seit lange die Zeit der freien Beweglichkeit des Rechts getreten, welches so erst die dem Begriffe des Rechtes, als eines Products des Geistes, angemessene Wirklichkeit erreicht hat. Diese Freiheit der Gesetzbehandlung, die auch das Princip des heutigen Rechts ist (S. 33), und von den Römern als das jus aequum bezeichnet wird (S. 22), enthält die juristische Operation der Entwicklung des Rechts aus dem vorhandenen Stoff. „Sie ist freie subjective That, die aber nicht willkürlich mit selbsterdachten Principien schafft [wirkliche Jurisprudenz ist juristische Kunst, freies Hervorbringen, Production S. xxix, welche das noch ungeborne Recht schaut und ins Leben ruft, S. 35, deren Ziel aber nicht ist, den Rechtsstoff erst zu machen S. xxv], sondern den ihr vorgelegten Gesetzesstoff transsubstanziirt, ihn selbst erst lebendig und wirklich macht. Was unentwickelt und unverstanden vorhanden ist, bringt die juristische Operation zum Bewußtsein, indem sie aus der (juristischen) Natur der (ihr zur Betrachtung oder Entscheidung vorliegenden) Sache", „aus der Consequenz der Sache", „den wahren Willen, das wahre Recht deducirt" [Aequität, Behandlung nach der Natur der Sache, und nach bona fides sind danach identisch S. 24. 31; s. auch z. B. S. 43. 44. S. 179 ff.]. Der Richter hat das erkannte wahre Recht d. h. den wahren Inhalt, den wirklichen Willen des Gesetzgebers zu verwirklichen (S. 23. 24. 26).

Von diesen Sätzen halte ich nur den einen nicht für rich-

tig, daß die freie juristische Operation mit Aequität und bona fides identisch sei, habe mich aber darauf hier nicht weiter einzulassen. Ich knüpfe vielmehr an sie gleich die folgenden anderen Sätze Kierulff's an: „Wirkliches" [nur freilich nach dem Obigen in seinem wahren Inhalte erkanntes] „Recht ist nur ein positives, als das Recht eines bestimmten historisch wirklichen Staats, und außer dem positiven gibt es keins." Jede wissenschaftliche Bemühung, welche in ihrer Betrachtung des Rechts vom schaffenden Subject (dem Staat) abstrahirt und so ein von historischer Beimischung gereinigtes Recht zu finden trachtet, ist eine nichtige (so namentlich das vom denkenden Individuum aus seiner individuellen Vernunft abgeleitete Naturrecht, das aus religiösen Dogmen deducirte s. g. absolute Recht, und das s. g. natürliche Recht, welches eben nichts ist, als jene freie Handhabung der ratio juris) (S. 3—5). Hiernach fällt der Begriff der Gerechtigkeit unter das Gesetz. Der Private, der Richter kann ungerecht sein, aber ungerecht kann der Gesetzgeber, welcher sich innerhalb der ihm gesetzten verfassungsmäßigen Schranken hält, nicht sein (S. 17). Der in concreto erkennbare Wille des Gesetzgebers entscheidet allein (S. 35). Ein Recht ist Recht durch Anerkennung und Schutz des Staats, welcher präsent ist im Organ des Gerichts. Daher manifestirt es sich als Recht erst, wenn es verletzt, im Gericht für sich diese Anerkennung, und gegen die Pflicht den Zwang des Staats aufruft (S. 156). Ein ohne wirklichen Zwang des Staats durchgesetztes Recht ist also nicht zur völligen Entwicklung seines Wesens gelangt, aus dem einfachen Grunde, weil seine Merkmale nicht wirklich geworden sind (S. 158). Deshalb liegt auch nicht etwa jenseits des richterlichen Urtheils, im Gegensatz zu dem durch das rechtskräftige Civilurtheil erzeugten formellen Rechte, noch ein wirkliches nur nicht anerkanntes, ein anderes s. g. materielles Recht (S. 44).

2 Vielmehr nur das als res judicata bis zum letzten natürlichen Erfolge vorgedrungene Recht ist das wirkliche und einzig wahre Recht. Jedes andere, was man so benennt, ist nicht, sondern soll nur sein. Nur der totale Wille, welcher ausgeführt ist und den individuellen Willen gerichtet hat, ist Recht (S. 45). — Der individuelle Wille gilt nämlich im entwickelten Staat — im Gegensatz zu dem unentwickelten früheren Römischen Staat (S. 6. 19. 155), wo nach Kierulff „die Nation noch die chaotische Masse der Gleichen und Freien, der unabhängigen Einzelnen (privi) war, und jeder paterfamilias durch seinen Ausspruch, lex privata, für seinen Bereich, familia, jus schuf" — nur in Gemäßheit des bestehenden Rechtes: „Weil es im entwickelten Staat einen höchsten legislatorischen Willen giebt, so ist auch auf diesen als letzte Quelle alles Recht im Staat zu beziehen. Es verhält sich dies mit der Volksgewohnheit nicht anders, als mit der autonomischen Kraft des Einzelwillens. Im republicanischen römischen Staat war der Privatwille in seinem Bereich autocratisch, durch sich selbst letzter Grund des durch ihn geschaffenen Rechtes. Im heutigen Recht gründet sich die Kraft des durch Vertrag oder Testament geschaffenen Rechtes mittelbar stets auf den gesetzlichen Willen" (S. 13). „In der absoluten römischen Republik ist die unmittelbare Quelle des Rechts der Wille des Einzelnen also die Willkür, welche aber zugleich dadurch rechtlich ist, daß die Unmittelbarkeit der Herrschaft des Einzelwillens allgemeiner Grundsatz ist, welcher für jeden paterfamilias gilt. Hier kann der Wille nur dann den Willen gebunden halten, wenn dieser sich selbst bindet. Der heutige Staat ist von Grund aus sittliche Einheit, compacte Gebundenheit, und der Einzelne hat die Sphäre seines Rechts nur durch den im Gesetz repräsentirten Willen Aller" (S. 155).

3 §. 3. Angewandt auf das Eigenthum besagen die angege-

benen Sätze Kierulff's, daß der Ursprung des Eigenthums lediglich das „schaffende“ Gesetz (Rechtssatz) ist, gegründet auf gewisse Thatsachen, welche wir als factischen Stoff des Eigenthums (ratio juris) lediglich zur Interpretation des Willens des Gesetzes, um die ganze Fülle dieses wahren Willens bloßzulegen, verwenden können.

Es ist nun vollkommen richtig, daß es wie überhaupt nicht, so auch kein auf subjectiv-individuellem Denken ruhendes Naturrecht, auch kein unmittelbar göttliches, auch kein s. g. natürliches Recht speciell des Eigenthums giebt. Das Recht des Eigenthums existirt erst seit der gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Sanction im einzelnen Volk, und soweit diese Sanction reicht. Was vorher existirt, ist nicht Recht, sondern nur factischer Stoff des Rechts, und darf also nur mit äußerster Vorsicht und mit besonderer Hervorhebung der Uneigentlichkeit der Bezeichnung „materielles Recht“ genannt werden [1]). Aber wenn nun Kierulff lediglich den Willen des Rechtes als das Schaffende setzt, und dem gegenüber dem spontanen Willen des Individuum (d. h. dem rein Voluntaren) an sich richtig [2]) nur durch das Recht Haltung zuerkennt, so übergeht er ein wesentliches Mittelglied, und wegen dieses Uebergehens wird seine Darstellung einseitig und unrichtig. Dies Mittelglied sind die naturalen aus dem menschlichen Verkehr hervorgehenden Organismen. Kierulff's Darstellung trifft zu für diejenigen Rechtsinstitute, die auf civilis ratio ruhen. Sie stützen sich auf einen gewissen factischen Stoff als Voraussetzung des Rechtswillens; erst der Rechtswille ist das wirklich Schaffende, aus dem sich die Einheit des Rechtsinstituts erklärt [es giebt z. B. keine „Natur“ der Mancipation], aber andererseits die

1) S. diese Studien Erstes Heft S. 90. 91.

2) In gewisser Hinsicht stellt meiner Ansicht nach Kierulff auch diesen spontanen Individualwillen dem Rechtswillen nicht richtig gegenüber. Doch kommt dies hier für uns zunächst nicht in Betracht.

3 ganze Fülle des factischen Stoffes, welcher sich oft nach der Feststellung der Rechtssatzung noch wesentlich erweitert und verändert, ist von der Wissenschaft herbeizuziehen und der Rechtssatzung zu unterbreiten, um den vollen wahren Rechtswillen darzulegen, um „das noch ungeborene" Recht zu Tage zu fördern. — Aber Kierulff's Darstellung paßt nicht für die auf naturalis ratio ruhenden Rechtsinstitute. Er kennt gar nicht den Verkehrsorganismus als etwas selbständig Bestehendes. Nicht das Recht schafft den Verkehrsorganismus, sondern dieser besteht zuerst, und darauf bauen sich dann Rechtsinstitute auf. Zu diesem factisch sich zunächst bildenden Verkehrsorganismus, der sich gleich anfangs durch sein eigenes factisches Gleichgewicht (Selbsthülfe)[3]) hält und schützt, gehört auch das Eigenthum. Es gibt einen Anfang (Princip) des Eigenthums vor dem Rechte, und dieser Anfang beruht auf der naturalen Bedeutung der Arbeit. Die menschliche Arbeit ist nicht ein Etwas, das erst durch den Ausspruch einer menschlichen Autorität den Charakter des Wohlangemessenen erhält. Die Arbeit des Menschen hat ihre Bedeutung nicht von außen herein durch einen außer ihr liegenden Willen, sondern von innen heraus durch ihre Natur. Die Arbeit ist etwas sich aus der Persönlichkeit Erklärendes. Sie setzt voraus gewisse dem Menschen entgegenstehende Hindernisse, und ihr Wesen ruht gerade darin, daß der Mensch seine Persönlichkeit einsetzt um

3) Nach Kierulff kann die Selbsthülfe von vorn herein nichts Anderes sein als Delict (S. 269), denn der Begriff des Rechts setzt nach ihm nothwendig (als Manifestation aller seiner Momente) auch das Hindurchgehen durch den richterlichen Spruch voraus, und von diesem richterlichen Spruch ist die Selbsthülfe der directe Gegensatz. Der Zustand der Selbsthülfe ist also nach Kierulff nothwendig nicht bloß Nichtrecht, sondern Unrecht. Und doch hat die Selbsthülfe eine ganz andere, nicht bloß historische [denn das wird Kierulff so erklären, daß früher im unentwickelten Staat das Recht noch nicht zur Entfaltung aller seiner Momente gelangt ist], sondern auch naturale Bedeutung. S. das Genauere hierüber in der zweiten Beilage.

diese Hindernisse zu bewältigen [4]). Die auf körperliche Sachen 3
gerichtete Arbeit bedeutet also, daß das Subject als Sieg seiner geistigen Persönlichkeit die Hindernisse hinweggeräumt hat, die zwischen ihm und der Sache lagen, und so die Sache mit seiner Person identificirt hat [5]). Auf diesen Begriff der Arbeit ist die ganze irdische Stellung des Menschengeschlechts gebaut. Der Mensch ist in die Welt gesetzt, um zu ringen, zu arbeiten, daran seine Kräfte zu stärken und seine Persönlichkeit zu entfalten. Was vom Einzelnen gilt, gilt auch von der ganzen Menschheit. Die Menschheit ist nur denkbar als eine arbeitende und damit sich zu höherer Cultur emporarbeitende, die nächstliegende Arbeit aber ist für die Menschheit die auf die körperlichen Sachen gerichtete. Diese Arbeit organisirt sich von selbst aus der Menschheit heraus (wie die Sprache), sie ist körperlich=geistiger Kampf mit Hindernissen, und sie ist von vorn herein (von Natur) etwas ganz Anderes als das bloße äußerliche Herantreten des Subjects an das Object, das augenblickliche Machthaben über die Sache (die Besitzergreifung), die in dem bloßen physischen Stehen des Willens des Subjects **über** der Sache besteht. Der bloße Besitz ist, auch wo wir den animus des Subjects voraussetzen, gar keine Arbeit, er kann (die Römer haben hier vollständig richtig sein factisches Wesen erkannt) auch schon begründet werden ohne alle Kraftentfaltung durch die bloße Möglichkeit, beliebig auf die Sache einzuwirken. Daß wir den die Sache erarbeitenden Menschen und den arbeitslos Besitznehmenden und beherrschenden entgegensetzen, stützt sich nicht erst darauf, daß von außen her der

---

4) Die genauere Entwicklung des im Text nur kurz Angedeuteten ist in der ersten Beilage gegeben.

5) Im Begriff der Arbeit liegt keineswegs **nothwendig** das Moment der **objectiven** Sachumgestaltung. Arbeit ist ein durchaus subjectiver Begriff.

3 Rechtssatz sagt: die Stellung des Ersteren billigen wir als eine rechtliche, die des Letzteren erkennen wir zunächst nur als eine factische an. Beide sind vielmehr *innerlich* verschieden, m. a. W. sie sind aus der Persönlichkeit heraus directe Gegensätze. Wegen des inneren Charakters der Arbeit ist es die gerade hiedurch erklärte *Folge*, daß die Arbeit sich *organisirt*, d. h. daß eine sociale Lebenseinrichtung der mit einander verkehrenden Menschen daraus erwächst, welche verstanden und fortgetragen wird wie die Sprache die sie sprechen. — Das bloße Nehmen und Haben dagegen organisirt sich nicht. Als einen Fall, der unter den zusammenlebenden Menschen *meistens* den factischen Charakter des arbeitslosen Nehmens in sich trägt, können wir den Diebstahl bezeichnen. Es ist nur unter den exorbitantesten Voraussetzungen denkbar, daß in einer zusammenlebenden Gesammtheit von Menschen das Stehlen von Stamm gegen Stamm und von Individuum gegen Individuum sich zu einer die Menschen nährenden und also der Gesammtheit ihren dauernden Unterhalt verschaffenden Lebensweise gestalten könnte. Der Diebstahl ist meist unproductiv, und es können sich in der Menschheit nur selten Verhältnisse gestalten und länger halten, wonach eine auf Arbeit angewiesene menschliche Gesammheit auf den Diebstahl als eine lohnende und dem Zweck auf die Länge entsprechende (also zum Lebensberuf dieser Gesammtheit sich organisirende) Arbeitsweise verfallen könnte. Wir können also *im Allgemeinen* sagen, daß der Diebstahl nur eine Gestaltung des äußerlichen Nehmens und Habens der Sache ist, daß er außerhalb des Begriffs des menschlichen Erarbeitens von Sachen liegt, ein anorganisches Verhältniß, ein Widerspruch gegen den unter den Menschen organisirten Lebenszustand [6], so gut wie das falsche unver-

6) Hievon kommen, freilich selten, Ausnahmsgestaltungen vor, z. B. das Diebswesen kann sich organisiren (s. unten §. 19, Note 4), indem sich

ständlich gesprochene Wort des Einzelnen. Wäre es nicht so, 3
hätten wir hier nicht durch die Persönlichkeit, wie sie einmal mit gewissen natürlichen Bedürfnissen auf die Erde in gewisse gegebene Zustände hinein gesetzt ist, von innen heraus gegebene Natursätze — der Rechtswille würde durch einen außer und über der Persönlichkeit stehenden Machtspruch den Satz nie „schaffen“ können, daß Alles, was sich als Arbeit der Menschen gestaltet, *erlaubt*, der Diebstahl dagegen *verboten* sein soll.

Es bleibt hiebei vollkommen richtig, daß, wenn sich so auf Grundlage gewisser Arbeit ein factischer Eigenthumszustand organisirt hat, dem Individuum, erst nachdem sich durch Gesetz und Gewohnheitsrecht objectives Recht gebildet hat, subjective Rechte zugesprochen werden können, so gut wie erst jetzt die Verletzung des factischen Zustandes, *soweit* darin ein Widerspruch gegen das positive Recht liegt, Unrecht ist. Es ist auch ferner zweifellos, daß der Richter nur dies subjective Recht und umgekehrt das Unrecht zur practischen Wirkung zu bringen hat, daß also der Richter *unter* dem Begriff der Gerechtigkeit steht, wie Gesetz und Gewohnheitsrecht sie für ihn positiv verkörpert haben. Aber der Irrthum liegt darin, daß man meint, es werde mit dem subjectiven „Rechte“ auch überhaupt erst der Begriff der materiellen subjectiven „Befugniß“ „geschaffen“. Es geht vielmehr (bei naturalen Rechtsinstituten) dem Rechte schon immer ein factisch Organisirtes voraus, ein Gebiet „des Fuges“ und des „Unfuges“; was *Unfug* sei, ergiebt sich nicht erst aus der Satzung was *Unrecht* sei, sondern es besteht zunächst schon [7]) ein Complex von gewissen factischen Sätzen des

eine Diebszunft entwickelt, die dem Bestohlenen gegen eine Abgabe die Sache wieder schafft. Hier fängt das Stehlen an in den Begriff der Arbeit hinüberzuschlagen, und zwar nimmt es eine Einrichtung zur Wiedererlangung der Sache in sich auf, also gerade einen Schutz gegen das Bestohlenwerden, nur daß dieser Schutz noch nicht unmittelbar staatlich ist.

7) Ganz gleichartig ist der internationale Zustand, ehe ein gewisses

3 Fuges (d. h. des factisch Organisirten), welche von innen heraus dem Individuum gewisse Befugnisse zusprechen. Ihre Verletzung stellt sich als Unfug heraus, ganz abgesehen noch von der positiven Rechtssatzung, die in der verschiedensten Weise in den einzelnen Völkern an das zunächst gegebene Gebiet des Fuges oder an die „Natur" des Lebensverhältnisses anknüpfen kann[8]). So bleibt es denn freilich richtig, daß das, was einmal unter Rechtsschutz gestellt ist, in „Streit und Prüfung gehen muß, wenn es seinen Begriff ganz entwickeln soll" (Kierulff S. 157); aber es ist doch vollkommen unrichtig, wenn man meint, daß das Eigenthumsverhältniß (dessen factische Natur damit nicht exstirpirt sein kann, daß es zum Rechte erhoben wird) zur Manifestation aller wesentlichen Merkmale seines Begriffs die Durchsetzung vor dem Richter durchgemacht haben müßte[9]). Es ist ferner wiederum richtig, daß der Richter bei Gewährung des rechtlichen Schutzes **unter** der vom Rechte verkörperten Idee der Gerechtigkeit steht, aber es ist umgekehrt unrichtig, daß die Rechtsquelle (der Gesetzgeber) bei

---

Verhältniß sich zu positivem Völkerrecht fixirt hat. — Die Vergleichung von den sich zwischen den Individuen organisirenden Privatlebensverhältnissen und den Zuständen, die sich zwischen Völkern, noch ganz abgesehen von positiver Rechtssatzung, factisch feststellen, ist überhaupt eine nach verschiedenen Seiten hin fruchtbare. In der zweiten Beilage werde ich darauf zurückkommen, ohne übrigens auch dort die Frage erschöpfen zu können.

8) Und abgesehen auch von den sich in einem Volke bildenden **sittlichen** Anschauungen. Das Naturale, das Sittliche und das Rechtliche sind frei in lebendigster Weise ineinander greifende und doch vollkommen scheidbare Gebiete; s. auch unten §. 5, Note 2 und §. 19, Note 4.

9) Daraus erklärt sich auch, daß in Beziehung auf bestimmte Erwerbsgründe des Eigenthums das positive Recht sich bereits fixirt haben, auch für das Eigenthum untermischt mit anderen Lebensverhältnissen ein Rechtsschutz gegeben sein kann, dabei es aber vollständig möglich ist, daß lediglich für das Eigenthumsverhältniß ein besonderer Rechtsschutz in diesem positiven Rechte gar nicht existirt. S. das Genauere in der zweiten Beilage §. III.

der Schaffung der (naturalen) Rechtsinstitute völlig tabula rasa und eine leere erst zu beschreibende Tafel vor sich habe. Es besteht hier vielmehr schon ein aus naturalem Boden (d. h. dem Nebeneinanderstehen der Individuen) emporgewachsener Organismus, der mit seiner natürlichen Kraft dahin drängt, auch zur Anerkennung im positiven Rechte zu gelangen, wenn gleich keineswegs die Rechtsquelle (Gewohnheitsrecht und Gesetz) gezwungen ist, den naturalen Zustand gleich und ganz zu adoptiren. Im Gegentheil der positive Rechtszustand kann sich sehr weit vom naturalen entfernen, doch aber haben wir immer ein factisch objectiv Gegebenes, das wir mit dem Rechte zusammenzuhalten, und in Betreff dessen wir zu prüfen haben, ob das Recht mit ihm zusammentreffe oder sich davon entferne. Stets aber werden wir finden, daß das Recht [eben weil das Lebensverhältniß doch immer Lebensverhältniß bleibt, auch wenn es zum Rechtsverhältniß wird] an das Lebensverhältniß als den gegebenen und factisch bestehenden Stoff angeknüpft hat.

Also bei den *civilen* Rechtslehren ist es richtig, daß der factische Stoff zunächst ein Unzusammenhängendes ist, das erst im Rechtswillen einheitliche Gestalt erhält, aber nun auch vollständig in den Rechtswillen hineingetragen werden muß, um den letzteren in seinem vollen Gehalte darzulegen. Aber bei den *naturalen* Rechtsinstituten haben wir ein Etwas vor uns, das schon in sich selbst Leben und organischen Bestand hat, und das der Rechtswille nicht schafft, sondern nur entweder adoptirt oder zurückweist. Wird nun gesagt, gewisses in dieser „Natur“ des Verhältnisses Liegende dränge als ein *über* dem positiven Recht Stehendes die Rechtsquelle (den Gesetzgeber) so sehr, daß sie „nach der Idee der Gerechtigkeit“ es annehmen müsse, wenn sie gut gestaltetes Recht haben wolle, so wird man wohl am Worte etwas aussetzen können, aber einen innerlich unrichtigen Satz hat man doch nicht vor sich.

4 §. 4. Indem wir das Eigenthum auf einen naturalen Stoff (naturalis ratio) als seine Grundlage reduciren, finden wir also, daß es sich auf einen ganz anderen Boden stützt, als die zwei Punkte sind, auf welche Kierulff die Verhältnisse als ihren Quell zurückführt. Es stützt sich nicht auf die voluntare rein spontane Satzung der Individuen, wie Vertrag u. s. w., welcher Kierulff im entwickelten Staat nur eine mittelbare Geltung durch die Rechtssatzung hindurch zugesteht, die er aber als das eigentlich treibende Element des unentwickelten Römischen Staats charakterisirt [1]). Es wird aber andererseits auch nicht erst durch den positiven Rechtswillen geschaffen, wie wir überhaupt durchaus nicht erst in der positiven Satzung des Staats die Quelle, aus der die Gestaltung des Verkehrsorganismus unter den Privatpersonen fließt, zu suchen haben. Es ist ein unbewiesener und meiner Meinung nach unbeweisbarer Satz, daß, wie Kierulff sagt, der heutige Staat von Grund aus „compacte Gebundenheit" sei, wonach der Einzelne die Sphäre seiner Freiheit und seine Stellung innerhalb der socialen Verhältnisse nur aus und durch den im Gesetz (Rechtssatzung) repräsentirten Willen Aller hätte. Der Staat ist Persönlichkeit und zwar eine über die individuelle Person gestellte Persönlichkeit. Aber das Individuum zerfließt nicht in der Einheit, um von daher die rechtliche Individualität gleichsam als Lehn zurückzuerhalten, ebensowenig wie das Individuum vor der Rechtssatzung bloß Mensch ist, und erst durch sie Person wird [2]). Alle Persönlichkeit ist Geistigkeit, diese Geistigkeit geht nicht unter, das Individuum wird nicht im Staate entgeistigt, um vom Staate den Geist zurückzubekommen, sondern das Individuum steht mit seiner geistigen Freiheit und in

1) Ich kann Kierulff überhaupt diese Zeichnung des altrömischen Staats nicht als richtig zugestehen, doch gehört diese Frage nicht weiter hieher.

2) S. die erste Beilage §. VI.

I. 4

Betreff dessen, was überhaupt in das Bereich der Privatmacht fällt, unter dem Willen der Gesammtheit [3]) in gleichartiger Weise, wie es dann auch ferner in unendlich erweitertem Maaßstabe unter dem Willen der göttlichen Persönlichkeit steht. Sehr richtig sagt Puchta [4]): „Der Mensch hat die Freiheit, auf daß er durch seine freie Bestimmung den Willen Gottes ausführe. Der Wille Gottes soll geschehen; die übrigen Geschöpfe werden" [lediglich] „durch eine Naturnothwendigkeit dazu getrieben, der Mensch soll durch seinen Willen dem Willen seines Schöpfers unterthan und gehorsam sein. In dem Gehorsam gegen Gott liegt die wirkliche Freiheit. Die Freiheit des Menschen besteht nicht darin, daß er keinen Herrn über sich habe, sondern darin, daß er diesem Herrn sich selbst und freiwillig zu unterwerfen die Macht habe, daß seine Unterwerfung unter den höheren Willen nicht" [lediglich] „äußere Nothwendigkeit, sondern sein Gehorsam ist." Zwischen den Willen Gottes und den des Einzelmenschen schiebt sich nun auf Grundlage der natürlich zusammenagirenden Gesellschaft der rechtlich gegliederte Staat und der Rechtswille, aber dieser absorbirt nicht das Individuum mit Allem, was schon aus der Summe der Individuen hervordringende Gestaltung ist, und er macht dies nicht etwa zur Staatsschöpfung, sondern es stellt sich nur der höhere Wille über den niederen Willen. Es besteht nicht eine Einheit des Willens, die des Staats oder Rechts, sondern es besteht eine Zweiheit selbständiger Willen und agirender Kräfte, wobei das Indivi-

3) Die Gesammtheit kann dem Individuum die Persönlichkeit positiv anerkennen oder denegiren (Sklaverei). Aber daraus folgt nicht im Geringsten daß sie die Persönlichkeiten schaffe, sondern wo sie dem Individuum die Persönlichkeit anerkennt, adoptirt sie nur das naturali ratione bereits Gegebene; wo sie denegirt, tritt sie dem naturali ratione Gegebenen entgegen.

4) Curs. der Inst. I. S. 8.

4 duum nicht *gebunden* ist, d. h. also gleichsam physisch nicht anders *kann* und gar nichts als der höhere Wille existirt, sondern wobei dem niederen Willen und den Gestaltungen des Individualverkehrs *geboten* wird, d. h. der spontane Individualwille nicht anders *wollen* soll, und die naturalen Gestaltungen des Individualverkehrs nicht anders *gelten* sollen. Es liegt in der *Existenz* des höheren Staats- und Rechts-Willens [„*weil* es einen höchsten legislatorischen Willen giebt“; vgl. §. 2.] durchaus nicht der Beweis, daß dieser Rechtswille als *Quelle* nicht bloß des in voluntarer, sondern auch sogar des in naturaler Weise aus den Individuen Hervordringenden zu betrachten wäre.

Hiernach haben wir nun auch in Betreff des Bestehens des Eigenthums in verschiedenen neben einander liegenden Staaten, also unter der Herrschaft verschiedener Rechtswillen, Folgendes zu sagen. Daß diese Rechtskreise dieselbe *juristische* Gestaltung erhalten haben, ist an sich eine „äußere Zufälligkeit“, die vielleicht historisch in dem Wandern der Rechtssatzungen von Ort zu Ort ihre volle Erklärung findet. Practisch sind allerdings diese Rechtskreise, also z. B. auch die Fragen, wie das Eigenthums*recht* erworben und vor dem Richter geschützt wird, völlig getrennt. Aber die factischen „Einrichtungen“ und die „Principien“, wie das Eigenthums*verhältniß* zunächst aus den Individuen hervorgetrieben wird, können bei Gleichheit des socialen Organismus der Privatlebensverhältnisse in diesen Rechtskreisen ganz dieselben sein. Diese factischen Principien (naturales rationes) des Eigenthumsverhältnisses, namentlich das Princip der Arbeit mit seinen weiteren feineren Gestaltungen und Consequenzen, sind nun aber nothwendiger Weise erst selbständig zu erkennen, ehe wir von einem wirklichen wissenschaftlichen Verständniß der dem gegenüber gestellten positiven Rechtssatzungen reden können. Also der dogmatische Ausgangs-

punkt für die juristische Interpretation der verschiedenen positiven Rechte ist ein wissenschaftlich gemeinsamer, die „Principien" für die Erklärung der positiven Rechtsvarietäten sind, als außerhalb des Rechtes Liegendes, nicht „äußere Zufälligkeit", sondern fester objectiv gegebener Grund und Boden. Wir werden hiernach Kierulff's Worte als durchaus nicht zutreffende bezeichnen können, wenn er sagt (S. 5.): „Solche Argumentationen haben nur dann, wenn sie die herrschenden Principien eines bestimmten Staats zum Gegenstand nehmen, eine practische Bedeutung für diesen Staat. Hat dieser Staat Einrichtungen und Rechtsprincipien mit einem anderen Staat gemein, so ist das für die Geltung jener rationellen Operation nur eine äußere Zufälligkeit. Ihre Resultate gelten in einem bestimmten Staat immer nur deßhalb, weil sie nur eine consequente Entwicklung dessen sind, was in diesem Staate schon als Recht galt, aber bisher noch nicht vollständig zur Erkenntniß gekommen war."

Ich erlaube mir hier eine Parallele zu ziehen. Nehmen wir das Testament eines Erblassers, also ein Etwas, das einen eigenen selbständigen Inhalt hat; nehmen wir nun zwei eingesetzte Erben, für die der Inhalt des Testaments erst durch die Erbantretung zur Geltung gelangt; also, damit der Inhalt des Testaments für sie bestehe, ist ein subsequenter den Inhalt adoptirender Wille nöthig. Nehmen wir nun, dieser subsequente Wille ist in der That bei Beiden festgestellt, so fragt sich, wie wir den Inhalt des Testaments interpretiren? Aus dem Antretungswillen? Keineswegs. Der Antretungswille ist freilich nöthig, damit der Inhalt für diesen Bestimmten gelte, aber für die Ermittelung des Inhaltes selbst ist auf das Testament zurückzugehen. Oder ist etwa der Antretungswille die „Quelle für die rationelle Operation der Testamentsinterpretation"?

4 Vergleichen wir nun unsere Frage. Es giebt gewisse naturale Principien (rationes), aus denen sich mit einem bestimmten Inhalt ein schon factisch bestehendes Eigenthumsverhältniß ergiebt. Nehmen wir die Rechtswillen zweier Rechtskreise, die diese Principien alle oder zum Theil für sich adoptiren. Weßhalb gelten nun für diese Rechtskreise diese Principien? Freilich deßhalb, weil der subsequente Rechtswille sie anerkannt hat. Aber gewinnen wir damit irgend etwas für das Verständniß des Inhalts jener Principien? Allerdings soweit der Rechtswille den naturalen Inhalt derselben positiv umgestaltet; aber soweit er ihn annimmt, also zum Rechtsprincip macht, ist der Rechtswille als solcher hohl, dagegen das factische Princip ist das, was den Inhalt ergiebt. Also die „äußere Zufälligkeit" der Geltung der Eigenthumsprincipien in beiden Ländern hat nicht die Folge, daß wir für die rationelle Operation der Darlegung des Inhalts dieser Principien durch das Moment des in jedem Lande schaffenden Rechtswillens etwas gewinnen. Die Quelle des Verständnisses des Inhalts liegt hier nicht im Rechtswillen, wenn wir auch dessen Bestand voraussetzen, und die wissenschaftliche Operation ist nicht eine *Willensinterpretation* (wie das bei den civiles rationes der Fall ist), — sondern die Quelle des Verständnisses liegt hier in dem factischen Bestande eines socialen Lebensverhältnisses der Individuen, und die wissenschaftliche Operation ist *die Analyse eines naturalen Organismus*.

5 §. 5. Wird uns hier nicht, — diesen Einwurf ist man vielleicht mir zu machen geneigt —, unter dem Namen des naturali ratione Bestehenden eine unächte Rechtsquelle untergeschoben? Werden nicht, unter der äußeren Firma, daß lediglich Gesetz und Gewohnheitsrecht das Bindende im positiven Recht seien, doch durch eine Hinterthür Ausgangspunkte zugelassen,

I.

die außerhalb der positiven Rechtssatzung liegen, und denen dann doch practische Bedeutung beigelegt wird? 5

Ich würde diesen Vorwurf für einen mich nicht treffenden halten. Es ist genau zu scheiden der Grund der Geltung und die ratio des Inhalts. Es kommt mir nicht in den Sinn, an dem Satze, daß nur in der positiven Rechtssatzung der Geltungsgrund der Rechtsinstitute liege, irgend etwas ändern zu wollen; aber ich halte es für unrichtig, bei der wissenschaftlichen Auseinanderlegung der in einem Rechtsverhältnisse liegenden Elemente die „Principien“ lediglich auf den positiven Rechtswillen zu reduciren. Man treibt hier, wo es doch darauf ankommt mit völliger Genauigkeit auf die wirklichen erklärenden Anfangspunkte zurückzugehen, mit dem Ausdruck „wahrer Rechtswille“ ein leeres Spiel. Es kann in der That der Anfangspunkt eines Rechtsinstituts (das Princip) lediglich da liegen, wo der Grund seiner Geltung liegt, nämlich im Rechtswillen. So ist es bei den civiles rationes; der factische Stoff ist hier an sich todt, er hat keine „Natur“ (s. §. 3.), ihm wird erst durch den Rechtswillen Gestalt, und also gleich juristische Gestalt, gegeben. Anders aber ist es bei den naturales rationes; der factische Stoff ist hier schon in sich ein lebendiger Organismus, die „Principien“ sind nicht gleich Rechtsprincipien, sie haben ihre Quelle und ihren Inhalt außerhalb des Rechts. Wir können den Rechtssatz nur richtig verstehen, wenn wir seine Stellung (sein Zusammentreffen oder seinen Gegensatz) zu dem naturalen Princip durchschauen. Lediglich um dies tiefere volle Verständniß handelt es sich hier. Es führt uns zu Sätzen von zunächst factischer Wahrheit, die wir dann aber auch, wenn überhaupt die positive Satzung des einzelnen Rechtskreises sich diesem Princip angeschlossen hat, zu practischer Verwendung bringen dürfen. —

Betrachten wir jene beiden Punkte, die Quelle und den

I.
5 Inhalt der naturalen Principien, in besonderer Anwendung auf das Eigenthum, noch etwas genauer. Zunächst die Quelle.

Eigenthum ist ein naturaler Organismus. Es wird keineswegs geschaffen durch die spontane voluntas des Individuums, aber auch ebenso wenig durch die voluntas der Menschen als Einheiten, also der einzelnen Völkerindividuen. Das Eigenthum geht aus einer Quelle hervor, die in der Entwicklung der Menschheit vielleicht gerade die großartigsten Schöpfungen zeugt. Der Grund des Eigenthums ist die Einzelarbeit, das Eigenthum ist geistiges Product der Gesammtheit als Aggregates der Einzelnen; es ist eine organisirte Einrichtung, vollzogen durch die Acte der Individuen, und doch getragen dadurch, daß die ganze Gesammtheit diese Acte vollzieht. Das Eigenthum ist zunächst ein Organismus wie die Sprache, in der ebenfalls das Individuum als solches und aus sich selbst heraus sich der Dinge (durch Worte) bemeistert, in der die anderen Individuen als solche dies verstehen und es ebenso machen [1]). Wir werden, glaube ich, mit voller Wahrheit auf das Eigenthum die Worte anwenden dürfen, die Wilhelm von Humboldt von der Sprache gebraucht (Kawi-Sprache I. p. xxi): „Die Sprache" [das Eigenthum] „entspringt zwar aus einer Tiefe der Menschheit, welche überall verbietet, sie als ein eigentliches Werk und als eine Schöpfung der Völker" [ein voluntarium] „zu betrachten. Sie — — ist — — kein Erzeugniß der" [spontanen] „Thätigkeit, sondern eine unwillkürliche Emanation des Geistes, nicht ein Werk der Nationen, sondern eine ihnen durch ihr inneres Geschick zugefallene Gabe. Sie bedienen sich ihrer, ohne zu wissen, wie sie dieselbe gebildet haben. Demungeachtet müssen sich die Sprachen" [die Eigenthumsgestaltungen] „doch immer mit und an

1) In der ersten Beilage ist das Genauere dieses Satzes dargelegt.

den aufblühenden Völkerstämmen entwickelt, aus ihrer Geistes- 5
eigenthümlichkeit, die ihnen manche Beschränkungen aufgedrückt hat, herausgesponnen haben" [vgl. auch p. XLVIII] — —. „Dies konnte aber nur von allen Individuen zugleich ausgehen, jeder Einzelne mußte darin von dem Anderen getragen werden". (p. L) — „Indem die Sprachen" [das Eigenthum] „in dem von allem Mißverständniß befreiten Sinne Schöpfungen der Nationen sind, bleiben sie doch Selbstschöpfungen der Individuen, indem sie sich nur in jedem Einzelnen, in ihm aber so erzeugen können, daß jeder das Verständniß aller voraussetzt, und alle dieser Erwartung genügen". (p. LXIII) „So wundervoll ist in der Sprache" [dem Eigenthum] „die Individualisirung innerhalb der allgemeinen Uebereinstimmung, daß man ebenso richtig sagen kann, daß das ganze Menschengeschlecht nur Eine Sprache" [nur Ein Privateigenthum] „als daß jeder Mensch eine besondere" [ein besonderes Eigenthum] „besitzt". —

So wird das Eigenthum als socialer Organismus schon von der Gesammtheit getragen, ehe der weitere Schritt geschieht, daß die Menschheit, vereinigt und umgekehrt auch wieder gespalten in die verschiedenen Völkerindividuen, über diesem bestehenden Organismus[2]) im Kreise des einzelnen Volks

---

2) Ich sehe auch hier wieder ab von den neben dem naturalen Organismus und den positiven Rechtssatzungen immer als nebenhergehend zu denkenden sittlichen Anschauungen der einzelnen Volkskreise, die auch in Betreff des Eigenthumsverhältnisses, wenngleich sie als abstracte Sätze es nicht erzeugen, doch nie fehlen, und die bedeutendsten Einwirkungen auf das naturale Verhältniß und dessen rechtliche Gestaltung im Kreise der einzelnen Völker äußern (vgl. §. 3. Note 8). Es liegt außer den Zwecken dieser Schrift, diese Einwirkungen weiter zu verfolgen, aber ich muß doch, um nicht mißverstanden zu werden, in Betreff der Sittlichkeit dem Eigenthum gegenüber hier einige Bemerkungen anfügen. Der Mensch ist ein sittliches Wesen und

5 schirmende nationell gefärbte Satzungen trifft, seien dies (was zunächst liegt) gewohnheitsrechtliche, seien es dann weiterhin gesetzliche. Es möge mir erlaubt sein, fortan diesen Begriff der in einem wirklich einheitlichen Willen activ werdenden Ge-

---

er trägt in sich nicht bloß einen concret sittlichen Maaßstab (wonach z. B. ein und derselbe Sacherwerb im einen Fall sittlich, im anderen Fall unsittlich sein kann), sondern es erzeugt sich unter zusammenlebenden Menschen immer auch eine „objective anerkannte Sittlichkeit, welche sich vorzugsweise an die Volksgenossenschaft anknüpft, und in dem Volksbewußtsein lebendig eine real vorhandene objective Macht ist". Man kann danach sagen, daß das in einer menschlichen Gesammtheit entwickelte Privateigenthum auch auf der Sittlichkeit ruht, indem es „ein Postulat der Sittlichkeit ist, daß derjenige, welcher im Kampf der Arbeit eine Sache errungen hat, dieselbe für sich haben und behalten dürfe". Auch einen sittlichen Schutz gewinnt (wie andere menschliche Lebensverhältnisse, vgl. diese Studien I. Heft S. 168—170) das Eigenthum durch diese objective Sittlichkeit; doch aber erzeugt sie das Privateigenthum nicht factisch. Es kann sich in einer menschlichen Gesellschaft auch eine vollkommen sittliche Gütergemeinschaft entwickeln. Nun aber frage ich: was sind die factisch-naturalen Gründe, die gerade das Privateigenthum aus dem Aggregat der Individuen emporwachsen läßt?, und die kurze Antwort (deren genauere Darlegung den Inhalt dieser Schrift ausmacht) auf diese Frage ist die: Privateigenthum ruht auf Einzelarbeit und Selbstschutz. Dabei steht es fest, daß in jedem Volk, wo dies Privateigenthum als organisirtes Verhältniß besteht, es auch auf den Postulaten der Sittlichkeit ruht und daher auch sittlichen Schutz empfängt. Aber was im Leben der Menschheit nie getrennt vorkommt, kann wissenschaftlich auseinander gelegt werden. Der Zweck dieser Schrift ist: das Factisch-naturale in seinen feineren Beziehungen durch das Eigenthum hindurch zu verfolgen und dem Juristischen im Eigenthum gegenüber zu stellen; und ich glaube, daß dieser Zweck sich erreichen läßt, ohne dabei das factisch-sittliche Element zu negiren oder durch dessen Ausscheidung aus der Darstellung in Irrthümer zu verfallen. — Eine vom Alles zusammenfassenden Standpunkte ausgehende Darstellung des Eigenthums müßte dasselbe als natural-sittlich-juristisches Verhältniß schildern, ganz ebenso wie auch die Familie und der Staat in ihrer Totalität als natural-sittlich-juristische Verhältnisse aufgefaßt werden müssen.

sammtheiten (der Völkerindividuen) die unirte Gesammtheit, 5
dagegen den Begriff der nur durch die Activität der Einzelnen Einrichtungen producirenden menschlichen Gesellschaft die aggregirte Gesammtheit zu nennen. Das (Privat-) Eigenthum trägt nun den factischen Charakter, daß es ein aus den Individuen herausspressendes Verhältniß oder ein Product der arbeitenden aggregirten Gesammtheit ist, immerfort in sich. Das Individuum substantiirt sich die Sache, oder die Sache geht im Individuum auf. Darin liegt namentlich gleich die Folge, daß die ganze unbestimmte und ungezählte Fülle der Befugnisse, für die überhaupt die Sache einen Boden bietet, in diesem Individuum concentrirt ist; der Begriff des Erarbeitens der Sache (s. §. 3. Note 5.) ergiebt, daß dem Erarbeitenden Alles an der Sache oder die ganze Substanz gehört, daß mithin erst besondere Gründe hinzutreten müssen, damit dem Nichterarbeitenden (dem non-dominus) Befugnisse an der Sache zustehen. Woher also erklärt sich der Satz, daß für den Eigenthümer die Präsumtion der ganzen Machtfülle spreche? Es ist ein hohler Schein und ein unrichtiger Grund, wenn man sagt, daß der Rechtswille in den einzelnen Völkern bei der Schaffung des Eigenthums durch die Vertheilung der Güter [3]) ihn so festgestellt habe. Es ist gar kein Wille, der solchen Satz macht, es ist ein Natursatz. Er hat bestanden ehe noch das Eigenthum zum Eigenthumsrechte wurde, er hat ferner bestanden in Zeiten, wo dem Eigenthum nur erst ein theilweiser Rechtsschutz zu Theil ward [4]), er gilt aber auch, wenn das Privateigenthum nach allen Seiten zu vollem Rechte verkörpert ist, als Stück

---

3) Vgl. die erste Beilage §. VIII. Note 6. — Ebenso würde der Satz unbeducirbar sein, wenn man das Eigenthumsverhältniß, ohne die naturale Grundlage des Arbeitsbegriffs, lediglich auf ein allgemeines sittliches Postulat (s. Note 2) reduciren wollte.

4) Vgl. die zweite Beilage §. IV.

5 der „Natur" des Eigenthums und nun auch zugleich als Rechtssatz. Es hieße eben den ganzen Begriff des Privateigenthums (der zunächst ein factischer ist und ein bestimmtes Lebensverhältniß bedeutet) läugnen, wenn durch Rechtssatzung jener Satz gestrichen würde.

Eine andere Folge des Entstammens aus jener Quelle ist die Art, wie sich das Privateigenthum durch die ganze Menschheit hindurch verbreitet. Eigenthum ist eine Weltinstitution. Dies aber ist es keineswegs dadurch, daß als „äußere Zufälligkeit" eine Reihe von positiven Rechten es eingeführt haben; noch viel weniger dadurch, daß die Römischen Juristen aus gewissen „speculativen Ideen" heraus es für jus naturale erklärt und durch diese „unwahre und trugvolle Unterlage" bewirkt haben, daß es im Alterthum zu positivem jus gentium[5]) und in derselben Weise dann auch von der neueren Zeit adoptirt wurde. Eigenthum ist vielmehr, als das Product der arbeitenden Individuen, ein Verhältniß zur Sache und zum Nebenmenschen, das aus tausendfältigen Poren hervordringt, und dessen materieller Gehalt (im Gegensatz zum arbeitslosen Besitzen der Sache) dem Menschen schon aus seiner Individualstellung heraus zum Bewußtsein kommt, abgesehen von der positiven Rechtssatzung. Daher aber gerade kommt es, daß dies

5) Voigt jus naturale II. 2. S. 842. 843. „Und erwägen wir, wie gerade auf jene unwahre und trugvolle Unterlage des ius gentium die römischen Juristen wissenschaftliche Reflexionen und Ausführungen stützten, welche zu dem Schönsten und Großartigsten, zu dem Tiefsten und Feinsten gehören, was die römische Rechtswissenschaft hervorbrachte, so haben wir in Wahrheit den eminenten Einfluß anzuerkennen, welchen die Theorie vom ius naturale auf das ius gentium ausübte in Behandlung und Ausbildung sowohl des in seinen Grundelementen bereits gegebenen Stoffes, wie auch in Erweiterung und Vermehrung dieses Stoffes." — Wie soll es wohl möglich sein, daß aus Unwahrheit und Trug so Schönes und Großartiges, so Feines und Tiefes hätte erzeugt werden können?

auf naturalis ratio ruhende Eigenthumsverhältniß nun auch bei den meisten Völkern zu positivem jus gentium wird. Es wird sich auch ferner im Genaueren, bei diesem zunächst aus der Privatarbeit hervorgehenden Verhältniß, in den Rechtssätzen der verschiedenen Völker über den Eigenthumserwerb immer eine gewisse Einwirkung des factischen Arbeitsprincips auf die Rechtsgestaltung nachweisen lassen, so daß die Grundidee (mag sie im Lauf der Zeiten durch die nationelle Rechtsentwicklung noch so sehr verdeckt werden) fortwährend durchblickt, das Eigenthum sei ein von der arbeitenden Thatkraft des Individuums ausgehendes Verhältniß. Es ist endlich der Umstand, daß das Eigenthumsverhältniß in immer noch factisch fortwirkender Weise seine eigentliche Quelle in der Arbeitskraft der Individuen findet, in dem Zustande erkennbar, der entstehen würde, wenn plötzlich durch Rechtssatzung unser Privateigenthum aufgehoben würde. Der in Beziehung auf körperliche Sachen arbeitende Mensch ist so wenig wegzudecretiren, wie der sprechende Mensch. Die Individuen würden trotz jenes Verbots noch Sachen factisch erarbeiten, und solch erarbeiteten Besitz ganz anders anschauen und mit factischem Schutz zu umgeben wissen, als für den Dieb das möglich ist; sie würden mit dem erarbeiteten Gute trotz des Rechtssatzes einen factischen Tauschverkehr einrichten, dessen Vollführung die Staatsmacht nie die Wege verstopfen kann. Das Privateigenthum würde ungeachtet des Rechtsverbots nun wieder ein rein factischer Organismus werden, so gut wie die Sprache ein solcher immerfort bleiben wird auch wenn durch Gesetz sie abgeschafft und durch eine neu erdachte ersetzt werden sollte; zum deutlichen Zeichen, daß Eigenthumsverhältniß wie Sprache etwas aus den Individuen oder der aggregirten Gesammtheit Empordringendes ist. Wie der Rechtssatz solche Organismen einerseits nicht zu schaffen im Stande ist, so hat

5 er auch andererseits nicht die Mittel, die wirkliche Quelle aus der sie hervordringen zu verstopfen[6]).

6 §. 6. Es bleibt mir noch die zweite im vorigen §. angedeutete Frage, wie im Inhalte des Eigenthumsverhältnisses die naturalis ratio, auf der es ruht, der positiven Rechtssatzung gegenüber vorzugsweise hervortritt.

6) Der Güte meines Collegen Schleicher verdanke ich die Nachweisung der Notiz in dem Humboldt'schen Kawi-Werke (II. Bd. p. 295. 296), daß wirklich die gesetzliche Aufhebung und Neuschaffung einer Sprache einmal versucht worden ist. Ich setze die Humboldt'sche Erzählung hieher: „Auch die wunderbare Gewohnheit, bisweilen Wörter aus der Sprache zu verbannen und durch andere zu ersetzen, könnte nicht geübt werden, wenn es nicht eine bedeutende Anzahl veralteter Wörter gäbe, die bei solchen Gelegenheiten der Vergessenheit entrissen werden. Dies trifft aber sogar die allergewöhnlichsten Begriffe. Als z. B. auf Tahiti der König Pomare seinem Vorgänger Otou folgte, mußten die beiden sich in seinem Namen zusammenfindenden Wörter, po, Nacht, und mare, Schnupfen oder Husten, neuen Platz machen. Bei einer ähnlichen Gelegenheit wich auf derselben Insel das Wort wai, Wasser, dem heutigen pape [Note: Adrien Balbi, Introduction à l'atlas ethnographique p. 262]. Von solchen Wörtern muß es eine sehr große Anzahl geben, da es auf den Sandwich-Inseln dem durch kühne Eroberungen und wohlthätige Einrichtungen zur Civilisation seines Volks bemerkenswerthen Könige Tameamea im Jahre 1800 bei Gelegenheit der Geburt eines Kindes einfallen konnte, eine ganz neue Sprache einzuführen [Note: Chamisso im dritten Bande von Kotzebue's Entdeckungsreise S. 46. Bei den Abiponen (in Paraguay) herrscht eine ähnliche Sitte. Bei dem Tode eines Menschen wird, wenn sein Name ein bedeutsamer war, das Wort, woraus er bestand, mit einem ähnlichen vertauscht. Bei zufälligen Todesarten trifft die Vertauschung auch das Wort des Gegenstandes, der den Tod veranlaßt. Die neuen Wörter werden förmlich ausgerufen, und ihre Festsetzung sowie das Ausrufen geschieht durch betagte Frauen u. s. f. Dobritzhoffer, historia de Abiponibus T. 2. p. 199]. Sie sollte, seiner Absicht nach, mit keinen Wörtern der bisherigen zusammenhangen, und auch die grammatischen Partikeln sollten verschieden sein. Hierüber wurde doch aber die Verwirrung so groß, daß mächtige Häuptlinge des Volks das Kind mit Gift aus dem Wege räumten."

 I.

Eigenthum ist seinem naturalen Grunde nach das Erarbeitethaben der Sache. Dieser Grund ist nicht ein beliebig von außen gesetzter, sondern der innerlich zunächst vorhandene, aus dem das Verhältniß emporgewachsen ist und der dem Verhältniß seinen Inhalt gegeben hat. Dieser Inhalt bleibt dann auch derselbe, wenn durch positive Rechtssatzung hinterdrein sich von außen herein noch andere Gründe der Eigenthumsentstehung, die nicht auf dem Begriff der Arbeit ruhen, feststellen. Auf diese anderen Gründe, die dem naturalen Arbeitsprincipe nicht entstammen, habe ich jetzt nicht weiter einzugehen, wohl aber auf die Frage, wie sich die wirkliche Grundlage des Eigenthums, die Arbeit, noch wieder naturali ratione in verschiedene Gestaltungen zerlegt. Es kann dies freilich hier zunächst nur in einer kurzen Uebersicht geschehen, die genauere Untersuchung dieser Frage bildet den Gegenstand späterer Abschnitte. 6

Die Frage, welche Gestaltungen die auf körperliche Sachen gerichtete Privatarbeit in sich faßt, ist kein Gegenstand beliebiger begrifflicher Theilung. Wir haben es hier mit den Wegen zu thun, wie die sich emporarbeitende Menschheit, von den Individuen aus, sich ihren Privatlebensberuf sucht, und wie daraus in der Menschheit auch immer fortbestehende Formen werden, in denen der menschliche Thätigkeitstrieb Befriedigung findet. Diese Gestaltungen sind zugleich die Triebfedern für die verschiedenen Culturstufen, welche die Menschheit und jedes einzelne Volk durchzumachen hat, und zugleich von der Menschheit stets festgehaltene Lebensberufsarten, in denen das Individuum sich seinen Erwerb sucht, oder seiner Privatexistenz materielle Sicherheit gewinnt. Die drei Gestaltungen der sachlichen Privatarbeit sind Kampf, Production (Fruchtproduction und Sachgestaltung), und Gütertausch oder Handel. — Im Kampf setzt der Mensch lediglich seine Persönlichkeit ein, um eine ihm entgegenstehende Kraft zu überwinden und einen in

6 Freiheit von ihm verharrenden Gegenstand unter seine Botmäßigkeit zu zwingen; der Kampf ist dreifach, er geht entweder gegen die leblose Natur, oder gegen die Thiere, oder gegen die Mitmenschen. Die Culturstufe, die daraus hervorgeht, daß diese Arbeitsart der Individuen zum vorherrschenden Lebensberuf der ganzen Volksgesammtheit wird, haben wir in den Fischervölkern, Jägervölkern und vom Kriegsberuf lebenden Völkern vor uns. — In der Production setzt der Mensch nicht bloß seine persönliche Kraft der Kraft gegenüber; es liegt hier schon ein weiterer Schritt vor. Der Mensch erzeugt mit einer bereits gegebenen Sache ein Neues. Wenn auch hier Widerstand und sachliche Kraft zu überwinden ist, so tritt dies doch factisch zurück; nicht das Siegen sondern das Schaffen ist in dieser Arbeitsart das Hauptmoment. Die Culturstufe, auf der diese Arbeitsart die überwiegende ist, nennen wir die der Viehzucht, Ackerbau, Handwerk treibenden Völker. — Im Handel oder Gütertausch haben wir ebenfalls einen weiteren Schritt vor uns. Auch hier ist der Mensch und eine gegebene Sache die Voraussetzung, der Mensch giebt diese Sache, um eine andere, die er wünscht, damit zu gewinnen. Das Weggeben der erarbeiteten Sache ist ihm Grund, daß er nun auch die eingetauschte Sache erarbeitet oder verdient hat. Wo ein Volk sich in seinen überwiegenden Schichten diesem Lebensberuf hingiebt, haben wir ein Handelsvolk vor uns, und wie im großen Ganzen zwischen handeltreibenden Völkern die naturale Grundlage des Verkehrs der Tausch ist, also auch Einfuhr und Ausfuhr im Allgemeinen sich decken [1]), so ist auch ganz gleichartig für das Individuum dem Individuum gegenüber der Gütertausch (zu-

1) Daraus daß hie und da einmal ein Volk dem anderen, oder die Masse der Einzelnen (durch Sammlungen und Subscriptionen) den Gliedern eines anderen Volks etwas **schenkt**, kann nie für die Empfänger ein Lebensberuf, eine Arbeitsform, sich organisiren.

erst Sachentausch, dann Tausch von Sache gegen Geld) die naturale von selbst sich entwickelnde Gestaltung aller Sachübertragung vom Einen auf den Anderen[2]). Steht doch auch gerade beim Handel der Völker unter einander zunächst nur wieder das Individuum dem Individuum gegenüber. — Es ist nun aber dieser Gütertausch in sich selbst Arbeit, und zwar eine vielfach weit höher stehende geistigere Arbeit, wie wir sie im Kampf und der Production haben kennen lernen. Alle wirkliche Arbeit ist im Stande, dauernd die Menschen zu nähren; Thätigkeiten, die das nicht vermögen, liegen eben deßhalb außerhalb des Kreises der in der Menschheit sich organisirenden Arbeitsformen. Aber eben dies Moment des Nährenden in der Arbeit ist nichts Anderes, als daß durch Arbeit Sachen neu errungen werden, und dies Moment steckt gerade in besonders hohem Maaße im Handel; denn durch den Handel werden für die Sache ganz neue Werthe geschaffen. Eine Sache, die am einen Ort einen gewissen Werth (d. h. an sich nur: eine gewisse Bedeutung) für die Menschen hat, kann durch die Arbeit des Herüberschaffens zu rechter Zeit an einen anderen Ort vielleicht die vierfache zehnfache Bedeutung erhalten, und diese gesteigerte Bedeutung spricht sich in der Menge der dagegen eintauschbaren Gegenstände aus. Also der Gütertausch ist zunächst nur Umsatz des schon früher Erarbeiteten in eine andere Sache, aber der Gütertausch nimmt in sich auf das Moment selbständiger neuen Lohn erzeugender Arbeit, und eben wegen dieses nährenden Elementes gewinnt er für die Menschheit die außerordentliche Bedeutung, die er in der That hat. Er ist im Stande die Werthe der Dinge zu steigern, er macht dadurch die

2) S. z. B. Tacitus Germ. 5.: quamquam proximi ob usum commerciorum aurum et argentum in pretio habent formasque quasdam nostrae pecuniae agnoscunt atque eligunt, interiores simplicius et antiquius permutatione mercium utuntur.

6 Dinge zu subjectiv (aus der geistigen Persönlichkeit heraus) ganz neu errungenen, und so enthält der Handel nicht bloß eine Substituirung für andere schon erarbeitete Sachen, sondern er stellt sich, als ein ganz eigener selbständiger Begriff der Arbeit [3]), coordinirt neben jene anderen beiden Gestaltungen des Kampfes und der Production.

Von diesen drei Formen der Arbeit ist die erste, der Kampf, ihrer factischen Natur nach dazu verurtheilt, in der sich höher civilisirenden die erste Unterjochung der freien Natur allmälig hinter sich drängenden Menschheit mehr zurückzutreten. Die zwei anderen Formen bleiben immerfort die gewaltig wirkenden Triebräder für die Bewegung der Individuen. Alle drei Arbeitsformen aber sind mit ihren genau geschiedenen Begriffen zunächst nur factische Gestalten; sie enthalten Organisationen der zusammenlebenden aggregirten Gesammtheit. Wie sich nun aber die positive Satzung der einzelnen Völker in Betreff des Eigenthumsrechtes hieran anknüpft, das bleibt noch immer eine offene Frage.

7 §. 7. Verweilen wir noch etwas länger bei der dritten Form der Arbeit, dem Gütertausch. Wir haben hierin die naturale Gestalt der Eigenthumsveräußerung und Eigenthumsübertragung vor uns.

Die Anschauung, welche heutzutage in Betreff der Eigenthumsübertragung und der Bedeutung der naturalen traditio für solche Uebertragung die durchaus herrschende genannt werden darf, will ich hier zunächst in der Fassung, die ihr Stahl giebt, vorführen [1]). Stahl sagt: „Das Erforderniß der Besitznahme ist für den derivativen Erwerb nicht in gleicher Weise

3) Es bedarf ja für den Begriff der Arbeit durchaus nicht des objectiven Entstehens einer ganz neuen Sache. §. 3. Note 5.

1) Stahl's Rechtsphilos. (3. Aufl.) II. 1. S. 394. — Später werden noch andere Vertreter dieser Auffassung erwähnt werden.

wesentlich, wie für die erste Aneignung. — Bei dem Erwerbe durch Uebertragung ist es nicht schlechterdings geboten, weil man hier die Gewalt über die Sache mittelst des Willens des Anderen erlangt[2]). So z. B. wird nach französischem Gesetzbuch an beweglichen Sachen das Eigenthum durch den bloßen Vertrag erworben; hiedurch ist es unmöglich gemacht, daß vor erfolgter Tradition unredlich an einen Anderen veräußert werde. Das römische Recht dagegen fordert auch hier körperliche Uebergabe (Tradition). Es liegt hierin ein sehr markirter Ausdruck der inneren Bedeutung des Eigenthums, nämlich daß die rechtliche Gewalt über die Sache nicht anders beginnen kann, als mit Erlangung der physischen. Dazu gewährt es noch einen großen Vortheil. Das nämlich gehört zur Wohlbestelltheit der Legislation, daß der Moment des Ueberganges des Eigenthums genau bezeichnet sei, und dies kann nicht wohl passender geschehen, als durch Uebergabe."

Es sind also zwei Gründe, aus denen Stahl die bei der Eigenthumsveräußerung vorkommende körperliche Uebergabe erklärt. Der erste ist aus der „inneren Bedeutung" des Eigenthums entnommen, er correspondirt ganz der Stahl'schen Auffassung von der ersten Entstehung des Eigenthums. So sagt er in Betreff der beweglichen Sachen[3]), es entspreche der „Natur des Eigenthums", daß die selbstbewirkte physische Herrschaft die Begründung und der beginnende Moment des Eigenthums sei, und auch in Betreff des unbeweglichen Guts nimmt Stahl[4]) als Uranfang (d. h. noch vor dem Eigenthum innerhalb des Volks) die „eigene Besitznahme in gegenseitigem Einverständniß" an. Was nun aber diese innere Bedeutung,

2) Also ganz noch in der Weise des Grotius; s. die vierte Beilage §. v. Note 4.

3) S. die dritte Beilage §. iv.

4) S. die dritte Beilage §. v.

diese Natur des Eigenthums sei, der es „entnommen" werde, daß zur Begründung des Eigenthums, auch des vom Eigenthümer veräußerten, Besitznahme gehöre, ist ganz unersichtlich und bei dem Stahl'schen das Eigenthum lediglich aus der positiven Rechtssatzung ableitenden Standpunkte ein unerklärliches Beiwerk, da er natürlich auch in Betreff der Eigenthumsveräußerung doch erst das Bestehen eines positiven Rechtssatzes voraussetzt. Wenn es aber lediglich auf die positive Rechtssatzung ankommt, ob zur Eigenthumsveräußerung Sachübergabe erfordert werde, so kann es doch nur unter den Gesichtspunkt „der Wohlbestelltheit der Legislation" gehören, was der Wille des Gesetzgebers hier nach umsichtiger Ueberlegung aller Umstände als das dem Rechtszustande Räthlichste, Zweckmäßigste anordnet, und damit fällt der erste Grund Stahl's völlig mit dem zweiten zusammen, wonach Alles darauf hinausläuft, daß eine positive Legislation mit Beobachtung aller Rücksichten die Sache „nicht wohl passender" einrichten kann, als daß sie wie das positive Römische Recht zur Eigenthumsveräußerung Sachübergabe vorschreibt. Also die naturale Tradition ist innerlich gar nicht verschieden von jeder anderen beliebigen durch Gesetzgebung ausgedachten civilen Form der Eigenthumsveräußerung, und darin liegt eben, daß es innerlich gar nicht „schlechterdings geboten ist" die Sachleistung zu fordern, wie dies denn auch in anderen Legislationen z. B. der französischen hervortritt. Wird hier ja doch noch immer der Wille des Veräußernden vorausgesetzt, und warum soll denn also nicht der Gesetzgeber sagen können, daß mit der Aeußerung des Willens das Eigenthum schon als übergegangen betrachtet werden solle, da ja bekanntlich der Gesetzgeber auch sagen kann, daß sogar ohne und gegen den Willen des Eigenthümers das Eigenthum auf einen Anderen herübergehen soll? Nur muß man, wenn man nicht der Theorie des Grotius huldigt, daß sich

überhaupt Alles aus voluntas des Individuum erkläre [5]), sondern wenn man als Gegner des Naturrechts die Eigenthumsveräußerung lediglich aus der positiven Rechtssatzung erklärt, dann freilich auch zugestehen, daß der Satz: „weil man hier die Gewalt über die Sache mittelst des Willens des Anderen erlangt" gar nichts beweist, sondern daß das eigentliche Weil nur die voluntas des Rechtssatzes ist, der es nach Zweckmäßigkeitsgründen abzuwägen hat, wann er den Willen des Veräußernden vorschreiben will und wann nicht.

Einen wesentlich anderen Standpunkt wird, wer sich auf den Standpunkt des reinen Positivismus stellt, und wer den Eigenthumsbegriff einfach und lediglich als ein Product der Rechtssatzung auffaßt, in Betreff der Eigenthumstradition nie erreichen können. Es kommt dann schließlich lediglich darauf an, wie die lex scripta est; im einen Lande ist es so, im anderen anders, und man kann lediglich sagen, das Eine sei vielleicht „passender, zweckmäßiger" als das Andere. Daß die Römer die Eigenthumstradition eine naturalis acquisitio nannten, ist danach eine dogmatische Unklarheit; nur vom positiv-römischen Standpunkte aus hat die Sache Bedeutung und einen richtigen Grund gehabt. Die Tradition war eine freiere aber doch immer nichts als positive Römische Rechtssatzung für den Verkehr mit Peregrinen, im Gegensatz zu den zunächst im Civilrecht bestehenden strengeren Veräußerungsformen der mancipatio und in jure cessio.

---

5) Ich habe es für zweckmäßig gehalten, im Gegensatz zu vielfachen verschiedenen Gesichtspunkten, die in Betreff des Eigenthums im Laufe dieser Schrift vorkommen, die naturrechtliche Begründung des Eigenthums freilich nicht in ihrem ganzen Verlauf (dem würde der Raum dieser Schrift widersprochen haben), aber doch in der Auffassung des Hugo Grotius, des Gründers der naturrechtlichen Schule, in der vierten Beilage übersichtlich zusammenzustellen.

7 Im Gegensatz zu dieser Auffassung stellt sich von unserem Standpunkte aus die Eigenthumstradition in wesentlich anderem Lichte dar. Der factische Anfangspunkt alles Güterverkehrs unter den Menschen ist die Veräußerung mit körperlicher Sachübergabe und zwar die **beiderseitige** als Aequivalent einander gegenübergestellte, d. h. der Tauschverkehr. Alles Weitere, also die Geltung der Eigenthumsübertragung ohne daß der Empfänger etwas dagegen giebt (oder nur zum Schein etwas dagegen giebt), ferner die Gestaltung einer besonderen von jenem naturalen Acte verschiedenen Form sind erst Erzeugnisse einer in den einzelnen Völkern thätig werdenden Rechtssatzung, indem alles dies durch die Rechtssatzung, also durch den juristischen Halt, zugleich erst einen factischen Halt als menschliche Lebenseinrichtung erhält. Dagegen der Tauschverkehr, als eine eigene Art menschlicher Arbeit, hat schon in sich selbst und ohne das Recht einen factischen Halt, er ruft einen sich von selbst bildenden socialen Organismus hervor, der immer schon ein unter den Menschen Bestehendes und Anerkanntes ist, ehe sich an dies Bestehende die positive Rechtssatzung anknüpft. Es würde nun aber derjenige sehr irren, der da meinte, diese erste positive Rechtssatzung sei gerade die Fixirung des naturalen Zustandes als primäres Recht des einzelnen Volkes, so daß eben im Anfange die Menschheit wirklich nach *jus* naturale gelebt habe, und das jus der einzelnen gentes ein Späteres sei. Der Entwicklungsgang der Menschheit ist vielmehr ein gerade umgekehrter.

Der Anfangszustand des Tauschverkehrs ist ein rein factischer, aber als solcher so alt wie die Sprache oder das Zusammenleben der Menschheit. Er ist aber lediglich **naturaler Organismus**, die Anerkennung der Menschen, welche er allerdings voraussetzt, ist (wie bei der Sprache) nichts als das Verständniß der aggregirten Gesammtheit, d. h. der Masse

der Individuen [6]). Dies Verständniß schlägt nun nicht etwa einfach in die voluntas der unirten Gesammtheit (Gewohnheitsrecht) um, sondern es schiebt sich erst ein Mittelglied dazwischen, das zunächst die einzelnen Völker Jahrhunderte ja vielleicht Jahrtausende lang beherrscht. Es heißt die Anfangszustände eines Volks völlig mißverstehen, wenn man meint, wie in der formlosen voluntas so in der formlosen traditio ursprüngliche *Rechts*gestaltungen zu finden. Das Individuum, eben weil vom Individualstandpunkte aus factisch nur die naturale Tradition als Veräußerungsgestalt oder Eigenthumsübertragung gegeben ist, sucht für diese seine Uebertragung und Erwerbung einen *Schutz von außen*. Gerade für den derivativen Erwerb tritt dies Verlangen beim Individuum besonders dringend auf. In sich selbst ist die naturale Eigenthumstradition eben nur factisch gegeben, sie trägt in sich kein Moment des *rechtlich* Bindenden. Aller rechtliche Schutz ist ein von außen Herzutretendes. Das übertragende und empfangende Individuum, Beide suchen diesen Schutz in einer Solennität, durch die, mittelst einer Sanction, der Uebertragungsact unter die Gewähr der Götter oder der Genossen gestellt wird [7]). So bildet sich zunächst aus der überlegenden voluntas der Individuen heraus eine Form, die allmälig zur Sitte und dann zum positiven Rechte wird, und wir haben damit ein *civiles* Rechtsinstitut, dessen Entstehungsgrund gerade in seinem entschiedenen Gegensatz gegen den naturalen factischen Zustand zu finden ist. — Ich muß es mir hier versagen, durch genauere Zergliederung der Römischen in jure cessio oder mancipatio oder andererseits der Deutschen sala und vestitura den Nachweis zu führen, wie ein wirkliches Verständniß dieser Rechtsformen nur in dem voluntaren Element zu finden ist, daß

6) S. die erste Beilage §. III.

7) S. die zweite Beilage §. III.

I. 7 die Individuen die ersten Operationen juristischen Nachdenkens vollziehen, indem sie den Gehalt ihrer Handlung genau in verschiedene Theile auseinandertrennen, und das so in genauester Weise Ausgeprägte dem Schutze der äußeren Macht unterstellen, an die sie sich, aus ihrem Individualstande (dem naturalen Zustande) heraustretend, gewendet haben [8]). Solche Solennitäten, zu positivem Rechte eines Volks fixirt, können dann lange Zeiten hindurch den Sachenverkehr unter den Bürgern dieses Volkes vollständig beherrschen und die naturale Tradition gleichsam ganz zudecken.

Und doch, mag solche Periode der Rechtsentwicklung noch so lange dauern, es ist zweifellos, daß das Volk, wenn es überhaupt ein geistig aufstrebendes ist, sie allmälig überwindet. Der Strömung, dem Veräußerungsact in formellster Weise die Garantie der Götter, der Genossen und schließlich des Staats zu sichern, folgt eine Rückströmung. Der Staat mit seinen allmälig consolidirten Wohlthaten des Rechtsschutzes wird festgehalten, aber das Individuum beginnt nach ungebundenerer Sonderstellung zu ringen. Das Eigenthum kann seine naturale Bedeutung nie verlieren, es ist ein aus der aggregirten Gesammtheit hervorgegangener Organismus der arbeitenden und mit der errungenen Arbeit immer fortproducirenden (also auch zu freiem Sachenaustausch drängenden) Individuen. Der Staat kann es erreichen, die naturale Tradition in ihrer materiellen Bedeutung als Act der Eigenthumsveräußerung für den Verkehr seiner Bürger zunächst ganz bei Seite zu schieben, ja vielleicht zeitweilig den Verkehr seiner Bürger nach außen ganz abzuschneiden; sobald die Thore des Staats nach

8) Es handelt sich hier um ganz gleichartige Gestaltungen wie die in der zweiten Beilage genauer dargelegte erste Entwicklung von Sanctionen, die im Fall des Streits der Individuen ein geregeltes Verfahren (Proceß) zur Folge haben. S. daselbst §. IV—VI.

außen auch nur ein Weniges sich öffnen (und dahin kommt es 7
immer über kurz oder lang), so tritt auch in der kleinsten Oeffnung die Eigenthumstradition in ihrer naturalen Bedeutung wieder hervor. Zwei Bürger verschiedener Völker, zwischen denen gar kein Rechtsband besteht, z. B. der Weiße und der feindliche Indianer, sind doch begrifflich Glieder der aggregirten Gesammtheit und bedürfen vielfach der hier und dort gewonnenen Producte. Der Weiße, der dem Indianer Branntwein, Pulver und Waffen gegen Pelzwerk verhandelt, steht, weil Beide ihr Eigenthum austanschen wollen, unter den Grundsätzen der naturalen Traditionslehre; und wenn deren Grundsätze verletzt sind (z. B. der Pelzwerk empfangende Weiße raubt die dem Indianer tradirte Flinte hinterdrein wieder), so ruft der Indianer seine eigene und seiner Freunde und Stammgenossen Thatkraft wach, und dasselbe Spiel des Selbstschutzes beginnt in unseren civilisirten Zeiten wie in der ersten factischen Vorperiode der zusammenlebenden Menschheit, so gut wie auch andererseits der Indianer seine Pelze, die er erjagt hat und die er an den Weißen veräußern will, gar klüglich zu bewahren und zu bewachen versteht, so daß es eben nur ausnahmsweise möglich sein wird, der Pelze anders habhaft zu werden, als ganz strict nach den Grundsätzen der Traditionslehre: nämlich indem der (1) die Pelze erarbeitende Indianer (dominus), (2) unter Vorhandensein des beiderseits gefaßten animus transferendi und resp. accipiendi dominii, (3) auch wirklich factisch, gegen reellen Empfang der Gegenleistung, dieselben an den Europäer überliefert. Leben etwa Europäer und Indianer zusammen nach „positiv römischer Legislation“, die dies in einer Weise geordnet hat, wie es „nicht wohl passender“ geschehen kann?

§. 8. Denken wir uns einen noch so schroff in sich abge- 8
schlossenen Staat, so werden wir nichtsdestoweniger finden, daß

8 der allmälig nach außen sich dennoch Bahn brechende Güterverkehr der Eigenthumstradition immer wieder ein Gebiet zunächst nur factischer Geltung öffnet. Das aber schlägt allmälig auf die inneren Zustände zurück. Der nach außen Handel Treibende sieht sich dabei schon vor, daß die Güter nicht eher aus seiner Hand kommen, als er sie einem Anderen wirklich zukommen lassen will, etwaiges Weggenommenwerden von Sachen betrachtet er als unvermeidliche Chancen seines Geschäfts. Ist ihm der factische Verkehr nach außen überhaupt vortheilhaft, so trägt er schon die Unbequemlichkeit, daß kein Rechtsschutz zwischen ihm und seinen Empfängern besteht. Die Freiheit, daß er sich andererseits auch an keine Rechtsformen zu kehren braucht, ist dagegen auch wieder ein Vorzug. Solch ein Zustand des Verkehrs, nach außen lange fortgesetzt, muß nothwendig nach und nach einen Rückschlag nach innen, eine andere Geistesströmung, hervorrufen. Warum unter den Bürgern solcher Zwang, während sie nach außen volle Freiheit genießen? Ist denn nicht im Inneren eine volle rechtliche Ordnung und ein Rechtsschutz mit ungehinderter Bewegung des Individuums in seinem Machtkreise vereinbar? Man fängt an, Beides n e b e n e i n a n d e r für wünschenswerth und für möglich zu erkennen. Solche Anschauungen in Betreff des Eigenthums (wie gleichartig in anderen Rechtstheilen) sind es, die allmälig das Uebergewicht civiler Uebertragungsformen untergraben und eine neue Periode der Rechtsgestaltung, womit denn das Volk überhaupt erst in eine höhere Verkehrsentwicklung eintritt, hervorrufen. So kann, was factisch nach außen gilt, auch im Inneren durch positive Rechtssatzung zur juristischen Gestalt der Eigenthumsveräußerung werden; so kann es endlich der die Klammern des Rechts immer tiefer und in immer weiterem Umfange einschlagende Mensch dahin bringen, daß auch außerhalb der Staaten der Güterverkehr einen nicht bloß factischen Bestand, sondern

(zunächst wenigstens zwischen befreundeten Staaten, und dann auch in noch weiterem Umfange) eine rechtliche Fixirung und Gewähr erhalte.

Doch es liegt nicht in meinem Plan, dies weiter zu verfolgen. Jedenfalls findet, wie ich dies im Bisherigen kurz zusammengestellt habe, ein allmäliges Aufsteigen der Menschheit von Stufe zu Stufe statt, von denen in den verschiedenen Völkern, wie auch hier im Einzelnen die Rechtsgestaltung sein mag, wohl kaum eine übersprungen werden kann. Wie aber auch das Recht Satzungen trifft, so besteht doch immer für den Güterverkehr eine von vorn herein gegebene naturale Linie, das ist die Eigenthumstradition. Um sie herum kann die Rechtssatzung nach beiden Seiten hin und her oscilliren, es kann auch die Rechtssatzung mit der naturalen Linie ganz zusammentreffen. Es liegt durchaus nicht „im Wesen" oder „in der Natur" des Rechtes, daß die positive Satzung „als einen naturnothwendigen Bestandtheil des Rechts" (Stahl II. S. 235) die Eigenthumstradition in sich aufnehmen und zur Geltung bringen müßte. In der Natur oder dem Wesen des Eigenthumsrechts liegt gar nichts, weil es eben Sache der voluntas (des Volksbewußtseins oder des Gesetzgebers) ist, wie das Eigenthumsrecht gestaltet wird. Erkennt man also das Eigenthum lediglich als einen Rechtsbegriff, als eine Rechtsschöpfung an, so ist es unklar und unrichtig, wenn man de lege ferenda davon spricht, daß nach „der inneren Bedeutung des Eigenthums", nach der „Natur des Eigenthums" zur Eigenthumsveräußerung Sachübergabe gehöre. Das Recht kann gute Gründe haben, außer oder ohne naturale Tradition bestimmte Solennitäten zu fordern, es kann andererseits ebenso gerechtfertigt erscheinen, wenn es bei dem Bedürfniß großer Beweglichkeit des Verkehrs, wie das französische Recht, sich sogar umgekehrt schon mit der Willenserklärung des Veräußerers und

s Erwerbers genügen läßt. Aber dabei steht immer fest, daß so gut jene jenseits der Tradition liegenden Solennitäten, wie diese diesseits der naturalen Tradition liegende nuda voluntas rein civile Gestaltungen des Eigenthumserwerbes sind, die ihr Verständniß und die Möglichkeit ihres Bestehens nur in der Voraussetzung der damit zusammenhängenden übrigen Rechtseinrichtungen finden. Wenn nämlich schon bloß die Erklärung des animus transferendi und accipiendi dominii als wirklicher Eigenthumsübergang dastehen soll, so hat dies auf dem Gebiete des bloß factischen Verkehrs der Menschen untereinander zunächst gar keinen Sinn, da hier das bloße Wollen einfach nur die factische Bedeutung des noch in der Zukunft liegenden, nicht des schon zur Gegenwart gewordenen Eigenthumsüberganges hat. Dagegen wenn im Gebiete des einzelnen Rechtskreises jene Erklärung für juristisch genügend anerkannt wird, so heißt das soviel, daß nun, so weit dieser Rechtskreis reicht, dem Successor auch Rechtshülfe gewährt wird, auf Grundlage jener geschehenen Erklärung die Sache, wo er sie findet, in seine physische Macht zu bekommen. Das Ziel also, was die Tradition in ihrer naturalen Gestaltung sogleich herstellt, ist hier künstlich durch eine auf dem Rechtswege in Wirklichkeit umsetzbare (juristische) Möglichkeit ersetzt, und eine solche Rechtsgestaltung ist nicht etwa noch „natürlicher" als die naturale Tradition, sondern sie ist eine rein civile Eigenthumserwerbart.

Aber auch wo das Recht die Eigenthumsveräußerung an gewisse Formen und Solennitäten knüpft, wird es nie im Stande sein den Individualstandpunkt und die darin liegende factische Macht der naturalen Tradition ganz zu elidiren. Nehmen wir z. B., daß das Gesetz eines Staates sagt, es solle das Eigenthumsrecht nur in einer gewissen Form übertragen werden, dagegen die Tradition gar nicht erwähnt, und nun

nimmt doch Jemand auf Grundlage eines Verkaufs nur die naturale Tradition vor. Wie haben wir dies zu beurtheilen? Wir können hier, wenn das Recht an die Tradition nicht etwa noch besondere Strafen geknüpft hat, doch nur einen Zustand des Nichtrechtes, nicht aber des Unrechtes annehmen. Finden wir nun, daß (1) der Geber Eigenthümer war, (2) daß bei beiden Individuen der Wille vorlag, die Substanz der Sache wegzugeben resp. zu erwerben, (3) daß auch dieser Wille durch Sachtradition wirklich zur Ausführung gekommen ist, so müssen wir freilich sagen, daß der Tradent noch immer der Eigenthümer ist (denn der Gesammtwille erkennt den Eigenthumsübergang noch nicht als geschehen an), also auch, wenn diese Art des Rechtsschutzes überhaupt besteht, die Eigenthumsklagen noch hat, aber andererseits werden wir doch auch dem Erwerber folgende factische Stellung nicht versagen können. Indem er sich auf den Kauf vom dominus stützt, ist er doch jedenfalls kein malae fidei possessor; wenn er mit der offenen Erklärung, daß die Sache der Eviction des dominus ausgesetzt sei, weiter verkauft, so werden wir ihn dafür weder strafbar und verantwortlich erklären, noch auch den Veräußerungsact als factisch nichtig ansehen können. Also die materielle Machtübertragung, die der Eigenthümer an den Zweiten und dieser an den Dritten vorgenommen, haben wir doch zunächst als factisch bestehend zu betrachten. Nehmen wir einmal an, der dominus ist in Amerika, so daß große Wahrscheinlichkeit besteht, der dominus werde wegen der Sache, für die er sein Geld erhalten hat, die rei vindicatio nie anstellen. Beachten wir ferner, daß die Furcht vor dem drohenden Zorn und der Rache des Erwerbers [1]) wahrlich auch

1) Auch hier sehe ich ab (vergl. §. 5. Note 2) von dem sittlichen Schutze, der für ein solches Verhältniß auch in Ermangelung des Rechtsschutzes noch neben dem naturalen Selbstschutze (welchen drohender Zorn und Rache gewähren) eine sehr sichere Garantie geben kann.

8 noch heutzutage den dominus so wirksam von Anstellung seiner rei vindicatio abhalten kann, daß dies dem rechtlich doch keineswegs strafbaren Erwerber und seinem Successor ganz genügende Garantie giebt. Fügen wir endlich hinzu, daß die Sache beim dritten, vierten Erwerber casu untergehen kann, wodurch die geschehenen Verkäufe zu dem Resultate führen, daß doch auf keinen Fall der erste Käufer dem Eigenthümer den Erlös aus dem zweiten Verkauf herauszugeben verpflichtet ist, und andererseits auch nicht der zweite Verkäufer vom ersten und dieser wieder vom dominus den Kaufpreis zurückfordern kann, während nun auch der Eigenthümer nicht mehr im Stande ist, wegen Nichtbeobachtung der juristischen Eigenthumsübertragungsform die rei vindicatio anzustellen. Wir haben also hier doch das Resultat, daß in Folge der geschehenen naturalen, durch die Stellung von Individuum zu Individuum gegebenen, factischen Sachveräußerung die materielle Gefahr der Sache nicht mehr den Eigenthümer sondern den dritten, vierten Käufer getroffen hat. — Was zeigen nun diese verschiedenen hier supponirten Fälle? — Daß der Rechtssatz der lediglich auf sich selbst ruhenden Privatsouverainetät ein gewisses Gebiet gar nicht nehmen kann, und daß auf diesem Gebiete, so sehr es auch juristisch eingeengt sein mag, dann doch immer die Eigenthumstraditionslehre mit ihren drei f a c t i s c h e n Erfordernissen [(1) daß der Tradent Eigenthümer sein (2) daß Tradent und Accipient animus rei transferendae resp. accipiendae haben müssen (3) daß die Sache reell übergeben sein muß], zur Anwendung kommt. Diese drei Erfordernisse, so fein von den Römern als positives Römisches Recht auseinandergelegt, hören damit nicht auf, factische Erfordernisse des Actes zu sein, der als Theil des Organismus menschlichen Gütertausches, unabhängig von den Satzungen des einzelnen Volks, die ganze Menschheit durchzieht.

Dabei ist aber immer festzuhalten, daß eine Naturnothwendigkeit, die Eigenthumstradition müsse Stück des positiven Rechts sein, gar nicht vorliegt. Die naturale Tradition darf man gar nicht vom Wesen oder der „Natur" des Rechts aus erklären und zu einem unumgänglichen Stück der Architektonik des positiven Rechts machen wollen. Ihre Bedeutung liegt zunächst gerade außerhalb und neben dem Rechte, die aber dann mit Naturnothwendigkeit auf das Rechtsgebäude zurückwirkt. Sie ist wie der natürliche Schwerpunkt eines Körpers. Unterstützt man diesen durch besonderen Gegendruck an anderen Punkten, so kann man ihm jede beliebige Lage geben; wird aber der Gegendruck weggezogen, so fällt der Körper wieder in seinen natürlichen Schwerpunkt zurück. Es wird also stets besonderer und triftiger Gründe bedürfen (civilis ratio), um durch besondere Ordnung der Eigenthumsübertragung von der naturalen Gestalt abzuweichen, sonst wird der in der aggregirten Gesammtheit einmal bestehende Eigenthumsorganismus sich von selbst helfen, und, im Widerspruch zur willkürlichen Rechtssatzung sich mit der naturalen Tradition begnügend, einstweilen die Freiheit des Verkehrs der Sicherheit des Rechtsschutzes vorziehen. Man wird die Substanzveräußerungen der Sache nur nach den factischen Principien der traditio, also nach naturalis ratio vornehmen, einstweilen sich auf den, auch in unseren Verhältnissen wahrlich noch immer vorhandenen und geübten, Selbstschutz verlassend. Man verzichtet dann, und das kommt oft genug vor, um der Freiheit der Bewegung willen auf den Schutz des Rechtes, aber wenn wir uns solchen Zustand lange fortdauernd denken, so ist die Folge davon, daß das lange auf Grundlage factischen Schutzes Geübte allmälig die Basis einer opinio necessitatis wird, daß das in der aggregirten Gesammtheit Bestehende von einer einzelnen unirten Gesammtheit activ erfaßt, und so an die Stelle einer dem Geist des einzelnen

8 Volks nicht wahrhaft entsprechenden civilen Eigenthums-erwerbart die naturale traditio durch Gewohnheitsrecht zu positivem Rechte dieses Volks wird. Die naturale traditio ist kein „naturnothwendiger Theil des Rechtes" eines jeden Volkes, aber sie ist ein Naturding, welches mit der Kraft des reell bestehenden naturalen Organismus einen Druck auf das Recht ausübt, und welches, wo der Gegendruck des positiven Rechts nicht stark genug ist, das abweichende positive Recht bei Seite schiebt, um in dem Rechtskreise des einzelnen Volks nun selbst als positives Recht (*jus* naturale) an die Stelle zu treten.

9 §. 9. Zum Schluß der Untersuchungen dieses ersten Abschnittes fasse ich dieselben, aber gleich verknüpft mit einigen Punkten, deren genauere Ausführung man in der ersten bis dritten Beilage finden wird, in folgenden kurzen Sätzen nochmals zusammen:

1. Eigenthum ist nicht ein erst durch das Recht geschaffener Begriff im Gegensatz des bloß äußerlichen Besitzverhältnisses. Vielmehr besteht neben dem Besitz auch schon abgesehen vom Recht ein factisch organisirtes Eigenthumsverhältniß.

2. Der Grund des Eigenthumsverhältnisses ist die Arbeit, nicht bloß das äußerliche Besitzfassen; und zwar eine Arbeit, wodurch die Sache als materiell und ihrer Substanz nach subjectivirt, und dann auch wieder allgemeinverständlich als subjectivirte objectivirt ist. Welche einzelne Arbeit dies sei, das ist in der mannigfachsten Weise denkbar, und hierauf influiren wesentlich Zeit, Ort, Verhältnisse und Volksanschauungen. Die wesentlichen factischen Unterschiede aber, durch die sie sich doch immer in bestimmte Klassen auseinanderlegt, bilden die drei Begriffe des Kampfs, der Production und des Güterverkehrs.

3. Der Schutz des Privateigenthums ist zunächst noch gar kein Rechtsschutz, sondern Selbstschutz, namentlich unter Beistand

der Familie. Im Kreise der Familie wird das erarbeitete Gut factisch fortgetragen und fortbewahrt, auf dem Wege der naturalen Eigenthumstradition geht es auf Andere über. Solennitäten, die sich an die Einleitung der Selbsthülfe und an die Eigenthumsübertragung anknüpfen, sind in ihrem ersten Anfange Product des individuellen Strebens nach Beistand von Außen, sie dienen ursprünglich zur leichten Constatirung der Verletzung und zu besserer und kräftigerer Verwendung des Selbstschutzes.

4. Vorzugsweise an diese Solennitäten setzt sich zuerst in Betreff der Uebertragung und Schützung des Eigenthums die wirkliche Rechtssatzung an, ruhend auf gewohnheitsrechtlicher Fixirung gewisser Formen der Sachüberlassung und des Streitbeginns. Die vorwärtsgeschrittene Gestaltung der Gesammtheit zum entwickelten Staat wird dann der Anknüpfungspunkt, daß auch wegen des verletzten Eigenthums die Obrigkeit für die Entscheidung (das Richten) thätig wird, und schließlich statt des Selbstschutzes dem Staatsschutz die alleinige Herrschaft vindicirt.

5. Der naturale Zustand des Erarbeitens der Güter und des Verkehrs durch traditio kann nie ganz aufhören, namentlich nicht beim Verkehr über die Staatsgränzen hinaus. Er wirkt allmälig auch im Inneren der Staaten, wo zunächst civile Rechtsformen vorherrschen. Die naturale traditio pflegt sich mit freierem Verkehr hier wieder Bahn zu brechen, wenn auch daneben civile Formen für gewisse Gebiete fortbestehen. Sie besteht aus den drei factischen Momenten: a) der factischen Möglichkeit der Eigenthumsübertragung, also insbesondere der regulären factischen Voraussetzung, daß der Veräußerer das Eigenthum hat; b) der factischen Wirklichkeit des Willens also animus transferendi und accipiendi dominii; c) der factischen Wirklichkeit des corpus, also der reellen Sachübergabe. Alle

I.

9 hievon abweichenden Eigenthumsveräußerungsarten sind civile Rechtssatzung.

6. Das abstracte Eigenthumsverhältniß, d. h. das Eigenthum nicht als die concrete Herrschaft des Einzelnen über die einzelne Sache, sondern als in der Menschheit bestehende, reell eingeführte Institution, ist ein *naturaler Organismus*. Erzeugt und aufrechterhalten durch die aggregirte Gesammtheit der arbeitenden und Verkehr treibenden Individuen, ist das Eigenthum nicht erst ein Product der in Völker und Staaten sich absondernden unirten Gesammtheiten. Privateigenthum ist danach nicht ein Resultat spontaner Schöpfung durch die Rechtsquellen, sondern eine gemeinsam durch die Völker sich hindurchziehende sociale Einrichtung, die wir eben deßhalb, was die einzelnen Bestandtheile und Natursätze dieses Organismus betrifft, als ein einziges factisches Ganzes zu betrachten haben. Wir haben daher auch für die juristisch-practische Interpretation der Legislationen in den einzelnen Ländern dieses factisch d. h. *positiv Bestehende* (nur nicht positiv erst durch die unirten Gesammtheiten Gesetzte) anzuerkennen und in seiner richtigen Bedeutung zu verwenden. Die Jurisprudenz hat in Betreff des Eigenthums auch für eine Mehrheit verschiedener Staaten und Gesetzgebungen nicht bloß eine „äußere Zufälligkeit" der Uebereinstimmung, nicht etwa lediglich ein Preußisches, ein Oestreichisches, ein Lichtenstein'sches u. s. w. Eigenthum vor sich, sondern eine wirklich gemeinsame *practische* Grundlage und wirklich gemeinsame naturale Principien als *wissenschaftliche* Ausgangspunkte für die juristische Deduction.

II.

Das Fundamental-Princip des Eigenthumserwerbs.

II.

§. 10. In dem voraufgehenden Abschnitt habe ich zu zeigen versucht, daß Eigenthum und Eigenthumsrecht geschieden werden müssen, und daß das Eigenthum nicht erst ein Product des Rechtes ist. Es liegt nicht so, daß lediglich der Besitz ein factisches vom Rechte abtrennbares Verhältniß wäre, Eigenthum aber dem Besitz gegenüber sich gerade als die rechtliche Totalherrschaft über die Sache charakterisiren ließe, sondern Beides, Besitz wie Eigenthum, sind schon in sich selbst factische Verhältnisse, die aber beide den Boden zu Rechtsinstituten, zu einem Besitzrecht und zu einem Eigenthumsrecht, darbieten können. Nur besteht der große Unterschied, daß das Eigenthum auch abgesehen von der positiven Rechtssatzung ein schon wirklich in der Menschheit (der aggregirten Gesammtheit) organisirtes Verhältniß ist, daß es deßhalb mit Naturgewalt auch zur rechtlichen Gestaltung und Sicherung in den Völkern hindrängt, während das bloße Besitzen als das factische Haben mit dem Willen der Unabhängigkeit (corpus und animus domini) durchaus kein naturaler Organismus, keine in dem Zusammenleben der Menschheit entwickelte geistig geregelte Einrichtung ist, sondern lediglich die einzeln vorübergehende concrete That- 10

10 sache bezeichnet, daß der menschliche Wille in Betreff des Sachindividuums gleichviel auf welchen Gründen ruhend sich reell verwirklicht hat. Eben weil der Besitz kein in dem menschlichen Zusammenleben sich feststellender Organismus ist, so kommt es auch, daß ein darauf gebautes Recht des Besitzes mehr den Charakter eines künstlichen sehr verschiedene Gestaltungen zulassenden Rechtsinstitutes an sich tragen muß.

Jene Auffassung nun, daß Eigenthum und Eigenthumsrecht zwei ganz zu scheidende Dinge sind, steht der heutzutage herrschenden Ansicht über den Begriff des Eigenthums direct entgegen. „Was den Sprachgebrauch betrifft [sagt Göschen [1])], so sagt man im Deutschen: Eigenthumsrecht, Eigenthum ohne daß das Wort „Recht" hinzugefügt wird", und danach definirt dann Göschen das „Eigenthum" als „das Recht eine Sache, nämlich eine körperliche Sache, nach Willkühr und ausschließlich zu behandeln". Daß Savigny und Puchta das Eigenthum, mit bestimmter Abläugnung einer naturalen Grundlage lediglich auf die positive Rechtssatzung und die Vertheilung der Güter durch das Recht zurückführen, wird in der ersten Beilage genauer besprochen werden [2]). Und auf dieser Anschauung ruhend bezeichnen denn auch die Lehrbücher in gleichartiger Weise das Eigenthum einfach als die juristische Herrschaft über eine körperliche Sache [3]), als „das Privatrecht, welches die vollkommene Herrschaft über eine Sache gewährt" [4]), als „das Recht vollkommener Herrschaft über eine Sache" [5])

1) Civilrecht II. 1. S. 20.

2) S. die erste Beilage §. VIII.

3) Mühlenbruch P. §. 241.

4) Puchta Pand. §. 146. s. auch Pagenstecher Eigenth. I. S. 3.

5) Arndts Pand. §. 130. s. auch Vangerow §. 295. Note 1. „Die rechtliche Möglichkeit, alle an einer körperlichen Sache denkbaren Befugnisse auszuüben".

u. s. w. Aus dieser Anschauung erklärt sich auch, daß es als eine durchaus nicht verwirrende und störende Ausdrucksweise gilt, von einer „Natur des Eigenthumsrechts“ zu reden[6]), während es doch erste Bedingung für tieferes dogmatisches Verständniß der Rechts-Verhältnisse ist, die factische Natur des betreffenden Lebensverhältnisses und den juristischen Begriff sowie die juristische Gestaltung (Construction) desselben in den einzelnen Völkern bei der wissenschaftlichen Untersuchung auseinander zu halten. So glaubt man denn nach den jetzt herrschenden Anschauungen durchaus nichts innerlich Unklares gesagt zu haben, wenn man Punkte, die zur Natur des Eigenthums gehören, wie z. B. die naturale Eigenthumstradition, als aus dem „inneren Wesen des Rechts“ abzuleitende Sätze auffaßt[7]), während doch gerade aus dem Wesen des Rechts für die naturale Eigenthumstradition gar nichts folgt, und ein Recht die Letztere möglicherweise ganz verbannen kann, ohne damit gegen das „Wesen des Rechts“ den geringsten Verstoß begangen zu haben[8]).

---

6) Böcking Pand. des Röm. Pr. R. II. 1. S. 6 u. 8. Im Uebrigen ist die Böcking'sche Behandlung der Eigenthumslehre von der der Uebrigen genau zu scheiden. Wie überhaupt dieses ausgezeichnete mit exactestem Studium geschriebene Werk eine Fülle der förderlichsten Gedanken enthält, so ist namentlich die Eigenthumslehre von Böcking wesentlich tiefer durchdacht worden, als von irgend einem anderen neueren Schriftsteller. Es wird deßhalb nöthig sein, im Folgenden vorzugsweise den Böcking'schen Gedankengang zu beachten, und das darin Geleistete hervorzuheben. — s. noch Sintenis Civilr. I. S. 472. „Eigenthum heißt das Recht, welches seiner Natur nach die volle und ausschließliche Unterwerfung einer Sache umfaßt“.

7) Muther Sequestration und Arrest S. 395; s. auch diese Studien. Erstes Heft. S. 84. Note 1 u. S. 97.

8) Unsere juristische Kunstsprache ist in dieser Hinsicht heutzutage ganz unklar. Niemand findet z. B. etwas daran zu erinnern, wenn von der „recht-

10 Ich habe es nun unternommen, in dem vorigen Abschnitt [in Verbindung mit den sich näher daran anschließenden drei ersten Beilagen] durch physiologische Untersuchung der im menschlichen Zusammenleben sich bildenden Organismen, dem Eigenthum einen vorrechtlichen Ursprung und einen nicht unrechtlichen, aber außerrechtlichen Bestand zu vindiciren. Es soll jetzt weiter gezeigt werden, wie auf Grundlage dieser Untersuchungen zunächst der Begriff des Eigenthumsgrundes genau zu formuliren sei. Durch Fortführung dieses Begriffs in Zusammenhalt mit dem positiv Römischen Rechte werden wir dann später die einzelnen Principien zu ermitteln suchen, auf welche die Erwerbung des Eigenthums, also die Gesammtheit der verschiedenen Eigenthumserwerbarten, als auf ihre primäre Grundlage zurückgeführt werden muß.

11 §. 11. In der Formulirung des Eigenthumsbegriffs ist Böcking der Wahrheit am nächsten gekommen [1]). Er führt das Eigenthum nicht auf das Recht, also die Satzung des Gemeinwillens, sondern auf die wollende Einzelperson zurück. Er sagt vom Eigenthum ganz richtig [2]): „es ist das einfachste unmittelbarste Verhältniß der wollenden Person zu der willenlosen körperlichen Sache, in welchem jene nur als die Sache wollendes Subject, diese nur als das von jener gewollte Object jeden und allen Personen gegenüber gilt. Die Sache gehört nicht sich selbst, sondern dem Menschen, diesem eigen zu

---

lichen Natur der Inhaberpapiere" oder dergl. geredet wird, während doch die Frage von der Natur, und die von der rechtlichen Gestaltung der Inhaberpapiere zwei genau zu scheidende Punkte sind.

1) Wenigstens das Bedürfniß nach genauerer Feststellung des Eigenthumsbegriffs äußert auch Brinz Pand. I. §. 51. „Dieses Recht, dessen Definition noch nicht gesichert scheint". Auf eine Sicherung läßt er selbst sich nicht weiter ein.

2) a. a. O. S. 6.

sein, ist ihre Bestimmung". Wenn dann Böcking hinzusetzt: „Subject des Eigenthums rechts kann also und soll an sich (*jure* naturali) jeder lebende Mensch sein", so würde auch dieser Satz noch ganz richtig sein, wenn er lautete: „als Subject des Eigenthums ist also an sich (naturali *ratione* d. h. nach der factischen Natur des Eigenthums verhältnisses) jeder lebende Mensch denkbar". In der Art der Böcking'schen Ausdrucksweise steckt nämlich die allerdings auch den Römern nicht fremde [3]) Ungenauigkeit, daß Böcking das vor der positiven Rechtssatzung (zu der er erst nach jenen Worten übergeht) in der Menschheit schon vorhandene organisirte Verhältniß (die naturalis ratio) mit dem Charakter des Rechts belegt, und also unrichtig von einem *jus* naturale als einem dem positiven Recht der einzelnen Völker Vorausgehenden redet.

Hiervon abgesehen ist nun aber jener richtige Böcking'sche Satz von ihm nicht bloß im Allgemeinen hingestellt, sondern in scharf ausgeprägter Weise in seinen weiteren Folgerungen verwendet worden. Böcking führt in durchaus zutreffender Weise „die abstracte Natur des Eigenthums[rechts] seine Unbestimmtheit und ebendeßhalb weitreichende Bestimmbarkeit" auf jenen Grund des Eigenthums auf die „wollende Person" zurück. Er sagt S. 8: „Diese Ansicht (wonach das Eigenthum nur die Rechtssatzung der gänzlichen und ausschließlichen Herrschaft über die Sache sei) verkennt das Eigensein der Sache, diese gehört der (nicht „zu der") Person des Eigenthümers nicht sich selbst, noch auch irgend einer anderen Person. So ist die allgemeine Unbestimmtheit des Eigenthumsrechts in der des Wollens der Person des Gewolltwerdenkönnens der Sache von selbst gegeben" [4]). So ist ferner wesentlich richtig die sich aus dem Eigenthum wieder weiter ergebende Erklärung der bon. fid.

3) S. diese Studien Heft I. S. 80. 81.

4) S. die Ausführung oben §. 5. Text zu Note 3.

11 possessio und der aus der bon. fidei possessio sich ergebenden Fruchtziehungsbefugniß. Diese letztere ist nämlich durchaus nicht bloß auf eine positive Rechtssatzung, auf irgend einen Utilitätssatz [„zum Lohn für seinen guten Glauben“ 5)] zurückführbar, sondern sie ist natural-principiell erklärbar. „Erst von da an, sagt Böcking, wo der Nichteigenthümer nicht mehr als bon. fid. possessor gelten kann, ist sein Wille selbst ein rechtswidriger [besser: ein „materiell unbefugter“]. — Der Grund der hier in Rede stehenden Bestimmungen liegt nicht in dieser oder jener Absicht, welche man dadurch erzielt, und diese Bestimmungen selbst sind nicht der Art, daß sie etwa auch ganz andere sein könnten; sondern jener Grund ist der Begriff des rechtlichen [besser: des materiell befugten] Willens des Subjects, und diese Bestimmungen sind Consequenzen“.

12 §. 12. Doch aber hat Böcking in jenen Sätzen nicht die volle Wahrheit getroffen. Ihm ist Eigenthum lediglich ein Product der Rechtssatzung, Eigenthum und Eigenthumsrecht ist ihm identisch. Indem er also „Begriff und Wesen des Eigenthums“ als Product „des für sich wollenden Rechtssubjectes“ (S. 9) faßt, so kann ihm dieser Begriff, da er doch erst durch die positive Rechtssatzung geschaffen wird, ohne diese nur eine logische Möglichkeit sein. Böcking macht zur factischen Voraussetzung des Eigenthums nur das, was man den „Thatbestand“ zu nennen pflegt 1), darauf gestützt erhebt sich ihm gleich der Begriff des Eigenthumsrechts. „Eigenthümer kann nur jede Person sein, Gegenstand jede körperliche Sache“ (S. 26). „Es liegt im Begriff des Eigenthums — als des unbestimmt unmittelbaren Vermögens-Rechts, daß es nur die körperliche Sache zum Gegenstand haben kann: nur diese existirt für das

5) S. darüber Böcking a. a. O. §. 151. Note 19. Vgl. Savigny Bes. 6. Aufl. S. 315. Note 1.

1) Vgl. die dritte Beilage §. 11.

 II.

wollende Subject als unmittelbar (*von Natur*) gegebenes be- 12
herrschbares ..... Die Entstehung des Eigenthums hat nur Rechtsfähigkeit des Sub- und Objects nicht ein anderes Privatrecht zur wesentlichen Voraussetzung. Hierin liegt auch der Grund, daß es nur *Ein* Eigenthumsrecht geben kann". (S. 29)

Mit Voraussetzung bloß von Subject und Object gelangen wir aber immer nur zu dem Verhältniß des Besitzes, nicht des Eigenthums; um also den Eigenthumsbegriff zur wirklichen Realität zu bringen, muß doch immer Böcking die positive Rechtssatzung wieder herbeiziehen, indem er sogleich die *Rechts*fähigkeit des Subjects und Objects (nicht bloß das factische Vorhandensein von Mensch und körperlicher Sache) mit einmischt, und als thatsächlichen Entstehungsgrund des Verhältnisses von vorn herein eine *rechtlich anerkannte* Erwerbsart fordert (S. 26. 53). Böcking wird also doch auf die positive Rechtssatzung zurückgeworfen; wenn aber das, so ist wiederum nicht einzusehen, warum nicht Römischer Preußischer Oesterreichischer Lichtenstein'scher Rechtskreis ganz verschiedene Eigenthumsrechte haben können, warum nicht das eine Recht den wollenden Menschen, das andere Recht aber ganz Anderes zur factischen Voraussetzung des Eigenthums machen kann. Es ist gar nicht einzusehen, warum, wenn es schon *abgesehen* von der positiven Rechtssatzung „Bestimmung der Sache ist, dem Menschen eigen zu sein", dies denn doch ohne die positive Rechtssatzung nicht zu Stande kommt.

Man sieht hier ist ein Entweder — Oder, zwischen dem man nicht in der Mitte stehen bleiben kann. Entweder das Eigenthum ist lediglich Product des Gesammtwillens, der Rechtssatzung, von der es dann abhängt die factischen Voraussetzungen auszuwählen, auf die es sich stützen soll. Oder das Eigenthum ist ein schon ohne das Recht Bestehendes, ein durch die wollende Einzelperson Hergestelltes, dann müssen wir aber auch

12 im Stande sein, die Elemente des Verhältnisses, als eines rein factischen ohne Rechtssatzung bestehenden, mit voller Präcision zusammenzustellen [2]). Dann aber dürfen wir auch nicht mehr in den Begriff des Eigenthumsverhältnisses die Rechtsfähigkeit von Subject und Object, das rechtliche Anerkanntsein der Erwerbsart, die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit des Willens einmischen. Wir müssen uns dann lediglich auf dem Gebiet des Factums, der naturalis ratio, bewegen, und doch im Stande sein, den Begriff des Eigenthums nicht bloß als eines logisch-Möglichen, durch das Recht Schaffbaren, sondern als einer reell in der Menschheit existirenden vom bloß äußerlichen Besitz völlig verschiedenen Einrichtung zu erfassen. —

Diese Feststellung des Eigenthumsbegriffs seinem Grunde nach wird sich nun nach den Untersuchungen des vorigen Abschnitts folgendermaßen vollziehen lassen.

Privat-Eigenthum ist der materiell befugte Wille des subjectiven Individuums in Betreff des Sachindividuums. Dies materielle Befugtsein ist nicht erst Product des Rechtssatzes, nicht erst durch die Satzungen des Gesammtwillens erhält der Mensch Befugnisse. Vielmehr das materielle Befugtsein, das Wohlerworbensein der Sache hat seinen ganz selbständigen und

2) Auf diese völlige Selbständigkeit des Begriffs des Eigenthums deutet auch Böcking, nur mit unzulässiger Einmischung des rechtlichen Elementes, mehrfach hin. S. 19. „Es ist ein Verstoß gegen den Begriff, wenn Neuere von verschiedenen Arten des Eigenthums bei den Römern reden. Wer in dem Begriffe des Eigenthums[rechts] eine specifische Verschiedenheit statuirte, setzte eben damit neben jenem ein Recht [Verhältniß], das nicht Eigenthum wäre". S. 23. „So hatte gewiß der schon seit den Zeiten der klassischen Juristen immer mächtiger werdende Begriff des wirklichen Eigenthums [rechts], welcher neben sich jene, mit wahrer [Rechts-] Subjectivität nicht vereinbare, nationale Beschränktheit des jus Quiritium nicht bestehen lassen konnte," u. s. w.

unabhängigen factischen Bestand. Es heißt, daß das Subject die Sache sich erarbeitet hat, daß es sie nicht bloß ergriffen (das begründet nur Besitz), sondern ihrer Substanz nach mit sich identificirt hat (s. §. 3 zu Note 4 u. 5). Wohl sind die Sachen um des Menschen willen da, es ist von Natur ihre „Bestimmung diesem eigen zu sein“ [3]), aber dies Eigensein geschieht nicht ohne Eigenmachen, und das Eigenmachen ist keineswegs das beliebige Erfassen der Sache. Der Mensch muß in die ihn umgebenden Dinge, indem er sie nimmt, mit Mühe- und Kraftverwendung seine Subjectivität hineingetragen haben, er muß unter Denen mit denen er zusammenlebt, so wie das Ding jetzt dasteht, gleichsam der Schöpfer desselben sein [4]), dann ist er auch der Herr. Und er ist, indem er so der Sache den Stempel seiner geistigen Herrschaftskraft aufgedrückt hat, Herr derselben kraft seiner selbst, kraft seiner Persönlichkeit. Man kann das noch näher so bezeichnen: kraft seiner subjectiven Privat-Souverainetät, oder auch: von Gottes Gnaden, man wird damit, wenn auch nach verschiedenen Seiten schauend, doch nichts innerlich Verschiedenes aussagen [5]). Der Anfangspunkt des Privat-Eigenthums (das Princip) ist der geistig selbständige Mensch, er ist Eigenthümer in Folge der ihm zum Arbeiten, zum Aneignen der irdischen Dinge gegebenen Bestimmung; daß die höhere Hand Gottes ihn in diese Lage den Dingen gegenüber gesetzt, und ihm also auch die Dinge bestimmt hat, ist gar

---

3) Vgl. auch die dritte Beilage §. VII. a. E.

4) Eine objective Sachumgestaltung ist hierzu nicht immer nöthig. Die Hineinrückung der Sache in ganz andere Verhältnisse kann eine ganz gleiche factische Bedeutung haben. — Ueberhaupt nicht der objective Zustand des Verändertseins als solcher, sondern nur das Hervorgerufensein dieses Zustandes durch die arbeitende Kraft des Menschen kann selbständiger Grund für das substantielle Verhältniß des Menschen zur Sache sein.

5) „Die thatsächlichen und wirklichen Dinge sind alle von Gott“.

12 kein Widerspruch mit dem Satze, daß er die Dinge sich kraft seiner selbst erarbeitet. Wohl aber ist es ein Widerspruch und ein innerlich unrichtiges Moment, den Anfangspunkt des Eigenthums auf die mitlebende Gesammtheit, auf die Verleihung der Sache durch den Gesammtwillen zurückzuführen. Der Mensch ist Privateigenthümer: „von Gottes Gnaden", nicht: „durch die Constitutionen". Das Eigenthum ist ein Product nicht des Rechts, sondern der Privatsouverainetät.

Es kommt mir natürlich nicht in den Sinn, die Bedeutung des positiven Rechts in Betreff des Eigenthums herabzusetzen. Es liegt nicht so, daß es sich hier um Angriffe auf das altehrwürdige Ansehen des Rechts handelt, die jeder Wohlgesinnte zum Heil der Jurisprudenz abzuwehren geneigt sein müßte. Es kommt lediglich darauf an, daß man sich wissenschaftlich vollständig Rechnung ablegen könne über den eigentlichen Anfangspunkt der Verhältnisse. Die Zurückführung und Erklärung des Eigenthums aus der positiven Rechtssatzung heraus ist weder bisher bewiesen, noch meiner Ansicht nach beweisbar [6]). Wenn namentlich die historische Schule, in richtigem Antagonismus gegen die naturrechtlichen Theorieen, in unrichtiger Weise es für einen Hauptsatz der Jurisprudenz erklären zu müssen gemeint hat, daß der Ausgangs- und Anfangspunkt der dogmatischen Untersuchung, wie überhaupt so auch beim Eigenthum, die positive Rechtssatzung sei, so hat sie sich ohne Grund und willkürlich den Weg abgeschnitten, der weiter auf die eigentlichen Grundlagen zurückführt, sie hat verzichtet, Fragen erklären zu können, die der wissenschaftlichen Lösung bedürfen, aber auch fähig sind. Es giebt eine Natur des Eigenthums abgesehen vom Eigenthumsrecht, und wenn wir diese Natur des Eigenthums erforschen, so thun wir weder der Autorität des positiven Eigenthums-

6) Die selbständige Prüfung der in dieser Hinsicht in Betracht kommenden Gründe bildet den Inhalt der dritten Beilage.

rechtes Abbruch, noch ist irgend daran zu denken, daß wir bei 12
solcher Untersuchung der Natur des Eigenthumsverhältnisses in das alte Naturrecht zurücksänken. Es handelt sich hier nicht um ein Zurückkehren auf einen in aller Weise ausgesogenen Boden. Sehen wir, ob und wie die „Natur des Eigenthums" sich für das Verständniß des Eigenthums r e c h t s nutzbar machen läßt.

§. 13. Wenn vorher gesagt wurde: Eigenthum ist der 13
materiell=befugte Wille des subjectiven Individuums in Betreff des Sachindividuums, so ist damit erst die eine, die innerliche Seite des Eigenthumsgrundes angegeben. Diese innerliche Seite des *animus* setzt, als seinen nothwendigen factischen Gegensatz bei Allem, was Willensthat des Menschen ist [1]), von vorn herein auch die zweite Seite der äußeren Bethätigung des Willens voraus (*corpus*). Eigenthum heißt nicht bloß, daß der Mensch verdient, Herr der Sache zu sein, sondern es ist ein bethätigtes realisirtes Verhältniß. Eigenthum bezeichnet nicht bloß, daß der Mensch der Sache werth sei, sondern auch daß der Mensch seine Herrschaft über die Sache zu Stande gebracht hat. Und dies corpus worauf sich das Eigenthum stützt, ist gar nicht bloß das Fassen der Sache, es gestaltet sich immer zu einem intensiv Höheren, das mit dem Fassen coincidiren, und sich als weiteres factisches Moment an die erste Erfassung anreihen kann, das aber doch immer begrifflich von der bloßen Besitzergreifung trennbar ist. Stellen wir uns hier zunächst nur eine einzelne hieher gehörige Gestaltung vor Augen [2]). Bei den Grundstücken ist bloße augenblickliche Occupation lediglich das corpus der Besitzergreifung. Dagegen die A n s i e d l u n g ist ein complicirteres corpus, auf dem naturali ratione das Eigenthumsverhältniß ruht. Es liegt erst in der Ansiedlung die wirkliche Bethätigung dessen, was wir vorher als den innerlichen Eigenthumswillen

1) S. diese Studien. Erstes Heft. S. 55.

2) Vgl. auch die dritte Beilage §. v.

13 erkannt haben. Die Ansiedlung ist die äußere Erscheinung dessen, daß man sich das Grundstück vor aller Welt definitiv subjectivirt, daß man sich in der Sache objectivirt hat.

Hier beim corpus beginnt nun auch, in Folge der Mannigfaltigkeit der örtlichen Beziehungen und geistigen Anschauungen der zusammenlebenden Menschen, die Mannigfaltigkeit der Gestaltung der Eigenthumserwerbarten. Es verhält sich damit wie mit der Sprache. Daß bei der Sprache das innerlich Geistige und die äußere Setzung des Lauts sich scheiden, ist eine factische Nothwendigkeit. Wie nun aber der einzelne hervordringende Laut sich verkörpert, wie sich hier im Kreise gewisser zusammenlebender Menschen ein gewisses allgemein verstandenes Lautsystem entwickelt, das ist unter dem Eindruck der verschiedensten Einwirkungen Sache der divergirendsten Gestaltung. So auch daß der geistige Gedanke, der sich im Eigenthum dem Menschen gestaltet, einen gewissen körperlichen adäquaten Ausdruck, eine Bethätigung fordert, ist ein allgemein gültiges factisches Princip (naturalis ratio). Wie aber im Einzelnen sich die Bethätigung ausprägt, ist Sache der größten zeitlichen und örtlichen Mannigfaltigkeit. Wie sich dort in den verschiedenen Menschheitskreisen verschiedene Sprachen entfalten, so hier in Betreff der paßlichen und Jedermann verständlichen Bethätigung des Eigenthumswillens verschiedene Sitten und in Folge verschiedener Bedürfnisse und Lebensvoraussetzungen die mannigfachsten Gestaltungen des menschheitlichen Arbeitens.

14 §. 14. Wir fassen das Bisherige so zusammen: Eigenthum ist der materiell-befugte und äußerlich-bethätigte Wille des individuellen Subjects über das individuelle Object. Fragen wir nun, wie auf Grundlage dieses Begriffs das Eigenthum nach verschiedenen Klassen, in die wir die einzelnen Gestaltungen subsumiren, erworben werden kann. Vergessen wir dabei Eins nicht. Es ist ein Anderes, den ganzen „Catalog" der in einem

positiven Recht bestehenden Eigenthumserwerbarten abzuzählen, und sich dabei der Uebersichtlichkeit halber gewisser gemeinsamer Gesichtspunkte, welche bei mehren dieser Fälle eintreten, zu bedienen, um dadurch einen Anhaltspunkt für das Gedächtniß zu gewinnen[1]). Ein Anderes aber ist, in den einzelnen Thatsachen das erkennen, was wirklich das Eigenthum giebt, und also den wahren Grund, das Princip, auf dem der concrete Eigenthumsfall in Wahrheit ruht, verstehen. Ist man zu diesem Letzteren durchgedrungen, so wird sich die Menge der Eigenthumserwerbarten dem Auge schwerlich überhaupt noch als ein „Catalog" darstellen, der so oder so nach Ziffern (nur das eine Mal etwas besser, das andere Mal etwas schlechter geordnet), zusammengestellt werden kann. Ist einmal der eigentliche Grund, die ratio in den verschiedenen Eigenthumserwerbarten erkannt, so wird die Zusammenstellung der Gestaltungen, welche das einzelne positive Recht aufweist, nicht als eine Sache beliebiger Willkür, sondern als eine nothwendige Subsumtion unter die einmal feststehenden Principien erscheinen. Daß diese Zurückführung auf die wirklich vorhandenen Principien das allein wissenschaftliche Verfahren sei, wird Niemand läugnen, und es

---

1) S. z. B. Sintenis Civ. R. I. S. 478. „Von Bedeutung in mehrfacher Hinsicht ist der Unterschied der Erwerbarten — als originärer und derivativer — der folgenden Darstellung liegt diese Eintheilung zum Grunde. Specielleres Distinguiren und genaueres Classificiren führt in der That zu Nichts." — Noch weiter treibt dies Brinz Pand. I. S. 191 ff., der einfach nur nach Zahlen zehn Ziffern des Eigenthumserwerbes zusammenstellt, beginnend mit den Worten: „Erworben wird nun aber das Eigenthum mitunter durch bloße Besitzerwerbung", — und schließend mit den Worten (S. 225): „daß zum öfteren erworben wird kraft schon vorhandenen Eigenthums, einmal trotz desselben, einigemal nur weil keines vorhanden ist. Zwei dieser Arten bilden den originären Erwerb, eine den derivativen". Das ist also völliges Verzichtleisten auf alle principielle Entwicklung.

14 fragt sich nur, ob dasselbe in der Gegenwart bereits erreicht ist. Die große Verschiedenheit der Auffassungen, die in diesem Punkte heutzutage herrscht, erscheint dafür nicht als das günstigste Zeichen. Volles Erkennen gewährt auch Zusammenfließen der Meinungen; der Irrthum dagegen ist mannigfaltig.

Wenigstens in Einem Punkte herrscht aber doch große Uebereinstimmung. Darin nämlich, daß die Eintheilung der Erwerbarten in naturale und civile für unser Recht dogmatisch keine Bedeutung mehr habe. Von dem heutzutage ganz vorherrschenden Standpunkte aus, wonach Alles nur von der positiven Rechtssatzung aus erklärt wird, ist dies nicht zu verwundern. Jene Eintheilung hatte eine positiv historische Bedeutung bei den Römern für die nach jus civile und nach jus gentium Lebenden [2]), und das haben wir nicht mehr. Die Eintheilung muß also, meint man, für die Gegenwart unwichtig sein [3]), denn selbständig nach dem allgemein wahren Kern, der in ihr steckt, zu forschen, ist gegenwärtig nicht Jedermanns Sache.

Ich will hier als Vertreter der Ansicht, daß die Zurückführung der Eigenthumserwerbsfälle auf die naturalis und civilis ratio dogmatisch werthlos sei, nur folgende Schriftsteller anführen. Göschen (C. R. II. 1. §. 243) sagt darüber: „Die Eintheilung der Erwerbarten in solche, welche sich aus dem jus gentium und in solche, welche sich aus dem jus civile her-

2) Puchta Curs. d. Inst. II. §. 236. „Hat diese Eintheilung einen bloß doctrinellen Charakter? Keineswegs, sie hat die practische Bedeutung, daß naturaliter auch die Peregrinen, civiliter, wo nicht eine besondere Ausnahme gemacht ist, nur die Cives und Latini erwerben können".

3) Schon in dem ersten Hefte dieser Studien S. 97. Note 1. habe ich auf die Bedeutung dieser Eintheilung und damit der naturalen traditio im Gegensatz zu deutsch-rechtlichen civilen Erwerbarten hingewiesen. In der vorliegenden Schrift wird es nun seine Erklärung finden, wie das naturale Element des Eigenthumserwerbes im Genaueren zu verstehen sei.

 II.

schreiben, welche in den Institutionen der Darstellung der ein- 14
zelnen Erwerbarten zu Grunde gelegt wird, ist für uns, da sie nicht auf der inneren Natur der verschiedenen Erwerbarten, sondern nur auf ihrem historischen Ursprunge beruht, ohne practische Bedeutung. Daher soll hier ein anderer Plan befolgt werden". Puchta (Vorles. I. §. 147) „Bei den Römern spielte eine große Rolle die Classification in civile und naturale Erwerbungen, theils in Beziehung auf die Wirkung, theils in Beziehung auf die Fähigkeit der Personen. Diese ist schon im justinianeischen Recht eine Antiquität, um so mehr im heutigen. Abenteuerlich war es, ihr die positivrechtliche und naturrechtliche zu substituiren" 4). Arndts (Pand. §. 144) „Die römische Eintheilung der Eigenthumserwerbarten in natürliche und civilrechtliche (naturales oder juris gentium und civiles acquisitiones) ist für das System des geltenden Rechts von keiner Bedeutung". Böcking (Pand. II. 1. §. 141. f.) „Die Eintheilung (hat) ...... schon im justinianeischen Rechte .... die Bedeutung, welche sie im classischen Recht der Römer gehabt hatte, und so vollends in unserem Rechte verloren. Der Unterschied der civilen und der naturalen Erwerbsarten hat noch seine Wichtigkeit für die Erkenntniß der Lehre von den Servituten und dem Pfandrechte, der Schenkung, dem Eigenthumsübergange zufolge Universalsocietät und allen zusammengesetzten Privatrechten". —

Wenn dennoch Böcking den Eigenthumserwerb nach dieser Eintheilung darstellt, so thut er dies gerade wegen des eingenommenen Römischen Standpunktes. „Einer Darstellung des römischen Privatrechts aber eignet sich nur die Eintheilung in civiles und naturales acquisitiones, je nach ihrem Ursprung im römischen Nationalrecht oder in dem jus gentium." Wesent-

---

4) Vergl. auch Pagenstecher Eigenthum II. S. 8 u. 9.

14 lich anders ist schon der Standpunkt Mühlenbruchs, der (Pand. II. §. 245) diese Eintheilung befolgt, indem er sie gleichmäßig für die Darstellung des Römischen wie des heutigen Rechts für passend erklärt. „Die sämmtlichen Gründe des Eigenthumserwerbes führen die Römer auf zwei Hauptklassen zurück: Eigenthum wird entweder nach jus gentium oder nach jus civile erworben. Mit einigen nicht wesentlichen Veränderungen läßt sich diese Classification auch auf das jetzt geltende Recht anwenden. Also es wird (1) nach allgemeinrechtlichen Voraussetzungen Eigenthum erworben entweder durch Besitzergreifung oder in Gemäßheit des Grundsatzes *accessorium* sequitur principale. (2) In Gemäßheit positivrechtlicher Bestimmung.“ Mühlenbruch nimmt hiernach neben dem positivrechtlichen Erwerbe noch einen allgemeinrechtlichen Erwerb an: also neben dem positiven Recht statuirt er ein allgemeines Recht, und in der That muß er hier doch noch eine (allgemein) rechtliche Satzung immerhin postuliren, wenn er überhaupt aus Besitzergreifung, statt bloßer Besitzentstehung, die Eigenthumsentstehung deduciren will. Nun aber ist alle Rechtssatzung positive Rechtssatzung, auch das Römische jus gentium hatte eine positive Geltung. Wenn daher Mühlenbruch aus den historisch-Römischen Verhältnissen, aus dem positiven jus gentium, für unsere Verhältnisse „allgemeinrechtliche Voraussetzungen“ macht, so ist freilich nicht einzusehen wie sich das rechtfertigen soll, und in dieser Hinsicht haben jene vorher angeführten Schriftsteller vollständig Recht, welche der Römischen Stellung der acquisitiones juris gentium im Gegensatz der civiles alle Bedeutung für die Gegenwart absprechen.

Alles Recht ist positives Recht, und es giebt kein allgemeines Recht noch neben dem positiven Recht. Aber etwas ganz Anderes ist Folgendes. Eigenthum ist zunächst ein factisches Verhältniß, ruhend auf dem Willen, dem verkör-

perten Verdienst des Individuums, ein factisches Verhältniß, 14
welches das positive Recht adoptirt und sanctionirt. Nun aber fragt sich, inwieweit sich in den vom positiven Recht zugelassenen Erwerbarten die factischen Entstehungsgründe des factischen Verhältnisses auffinden lassen, oder (mit Gaius II. 79 zu reden) in welchen speciebus des positiven Eigenthumserwerbes naturalis ratio requiritur. Daß solchen Untersuchungen bei den Römern nach der Stellung des jus gentium noch eine besondere practische Bedeutung für die cives und peregrini innewohnte, ist uns hier ganz gleichgültig, denn wir können die Frage nach dem jus gentium von den Untersuchungen über die naturalis ratio völlig scheiden [5]). Wir fragen hier nur, wie weit in unserem positiven Recht die factischen Anfangspunkte des factischen Eigenthumsverhältnisses zu Tage treten, oder m. a. W., da das Eigenthumsrecht noch immer der verkörperte materiell-befugte Wille des Individuums ist (nur jetzt der unter die Garantie des Gemeinwillens gestellte), in wie weit es auch in Betreff der concreten Entstehung des Eigenthumsrechts rein hervortritt, daß das Eigenthum seiner Natur, seinem Grundprincip nach die materiell subjectiv-objectivirende That des Individuums ist.

§. 15. Indem es mit Recht heutzutage ganz überwiegend 15
geläugnet wird, daß die besondere positivrechtliche Stellung der acquisitiones juris gentium, wie sie bei den Römern bestand, für uns noch irgend eine Bedeutung habe, ist mit Unrecht die zweite eben angegebene Frage zugleich mit bei Seite gelegt worden. Sehen wir nun, ehe wir dieselbe im Einzelnen zu beantworten versuchen, wie die Neueren, indem sie den Begriff des naturalen und civilen Erwerbes für die Charakterisirung der „inneren Natur" des Eigenthumserwerbes als unbrauchbar verwerfen,

5) S. diese Studien. Erstes Heft. S. 56. 57.

15 die selbständige Darlegung dieser inneren Natur zu liefern bestrebt sind.

Die neueren Classificationsversuche des Eigenthumserwerbes lassen sich unter einen zwiefachen Gesichtspunkt bringen: 1) Mehre derselben sind nichts, als Hervorhebung eines besonderen vorzüglich hervorstechenden Momentes aus dem Thatbestande der Eigenthumserwerbarten. Sie charakterisiren also den Erwerb nicht nach dem Grunde, sondern nach seiner äußeren Erscheinung. Hieher gehört die Eintheilung in einseitige und zweiseitige Acquisitionen (Thibaut), zu denen Andere (Heise) noch die dritte Gestaltung der „zufälligen Umstände" hinzufügen [1]). Hiemit wird also gar nicht darauf ausgegangen, die causa, auf der es ruht daß man Eigenthümer wird, zu nennen, sondern man bezeichnet damit nur die äußere Gestaltung der causa, jenachdem dabei Ein Mensch oder zwei Menschen oder gar kein Mensch mitwirkt. — Eine andere gleichartige Classificationsmethode, und zwar eine recht verbreitete, ist die Eintheilung in originäre und derivative Erwerbarten [2]). Hier wird der Erwerb danach charakterisirt, daß der Erwerbende ihn von einem Anderen herleitet oder nicht. In dieser Hinsicht aber bestehen sehr mannigfache Gestaltungen. Man kann in Betreff der Sache sich ganz auf den Vorgänger stützen, man kann einen Vorgänger haben aber im Gegensatz zu ihm Eigenthümer werden, man kann Eigenthümer einer Sache sein, die bisher noch Niemandem gehörte. Wirklich derivativ ist nur das Erstere, wirklich originär nur das Letzte, das in der Mitte Liegende wird besser (wie z. B. die Ersitzung) durch den selbständigen Begriff des „Eigenthumsübergangs ohne Uebertragung" bezeichnet, als daß man es einseitig dem rein Derivativen oder dem

1) S. Thibaut Syst. des Pand. R. 8. Aufl. II. §. 737 ff. Heise Grundriß 3. Ausg. 5ter Abdr. S. 42 ff.

2) S. Göschen Civ. R. II. 1. S. 71.

rein Originären ganz gleichstellt. Es soll nun durchaus nicht II. 15
gesagt sein, daß es nicht von Bedeutung wäre, von diesem Gesichtspunkte aus die Verschiedenheiten des Thatbestandes in den Erwerbarten hervorzuheben. Aber diese Begriffe sind wenig zur Classification geeignet, weil sie nicht scharfe Klassen sondern aneinander sich reihende und stufenweis ineinander übergehende Gestaltungen darbieten. Diese Eintheilung hat ferner mit der vorigen das gemein, daß sie nur ein Moment des Thatbestandes in den Vordergrund rückt, auf das eigentliche Princip aber des Eigenthumserwerbes gar nicht oder wenigstens nur ganz unklar hindeutet.

2) Höher stehen die Versuche, welche in ihrer Classification das Princip, auf das der Erwerb sich stützt, hervorheben. In dieser Hinsicht ist, mit mannigfachen Veränderungen im Einzelnen, die am weitesten verbreitete Eintheilung die in Eigenthumserwerb durch Besitzerwerb, durch Sachveränderung [insbes. Accession] und durch andere Gründe [höhere Autorität, positivrechtliche Fälle] [3]). In Wirklichkeit ist dies doch die Eintheilung, die auch Mühlenbruch unter dem Schein der naturalen und civilen Erwerbarten befolgt; es ist ferner die Eintheilung, die Puchta und Arndts als Unterabtheilung für ihre derivativen und originären Klassen verwenden, und die sich bei Vangerow in die Dichotomie des „Erwerbes durch Vermittelung des Besitzes und ohne vorgängige Besitzerwerbung“ zusammenzieht. — Nun aber ist doch in dem Besitzerwerbe und in dem was man dann in verschiedener Weise dem Besitzerwerbe gegenüberstellt, der eigentliche Grund des Eigenthumserwerbes gar nicht angegeben. Daß nämlich durch den Besitzerwerb nicht bloß Besitz sondern Eigenthum erworben werden soll, worin kann das liegen? Die Antwort kann nur sein: im positiven

3) Blume Grundriß des Pand. R. §. 125—153.

15 Rechtssatz, welcher sagt, daß im Momente des Besitzerwerbes, wenn noch allerlei andere factische Voraussetzungen vorliegen, Eigenthum erworben sein soll. Dann aber muß ja doch der eigentliche Grund im Rechtssatze und in den von dem Rechtssatze gemachten weiteren factischen Voraussetzungen liegen. Vielleicht daß die Besitzergreifung ein untrennbares Stück dieser anderen factischen Voraussetzungen ist, daß wir also in ihr bloß einen herausgerissenen Bestandtheil des wahren factischen Eigenthumserwerbsgrundes vor uns haben. Vielleicht nun auch, daß wenngleich dieser wahre factische Eigenthumserwerbsgrund im positiven Rechte der einzelnen Länder zur Anerkennung kommt, er nicht erst dadurch geschaffen wird, sondern schon abgesehen von der positiven Rechtssatzung seine begründende Bedeutung hat. Jedenfalls in jener Charakterisirung des Eigenhumsterwerbes tritt dies Alles gar nicht hervor. Wenn sie auch strebt den wirklichen Grund zu erfassen, so bleibt sie doch bei der Hervorhebung eines äußerlichen Momentes stehen, der so abgerissen nur die Bedeutung eines Zeitpunktes erhält, von dem an sich das Eigenthum datirt, nicht aber den Grund klar macht, welcher wirklich dem Individuum das Eigenthum verleiht.

Im Gegensatz zu diesen bisherigen Auffassungen ist das bei Weitem Beste und consequent Gedachte wiederum von Böcking ausgesprochen worden. Böcking bemerkt (a. a. O. II. 1. S. 55), daß wenn es sich nicht um den speciell Römischen Standpunkt, sondern um die Darstellung des heutigen Civilrechts handele, die Eintheilung der Eigenthumserwerbarten auf anderem Grunde aufgebaut werden müsse. In Fortführung des Satzes, daß das Eigenthum „[rechtlicher] Wille des Subjectes“ ist, kommt er zu dem richtigen Resultat, daß, wenn wir den wirklichen Grund des Eigenthumserwerbes erkennen wollen, dies nur durch Zurückführung der einzelnen Fälle auf den Willen des Subjects wird erlangt werden

 II.

können. So gelangt er denn, jenachdem die einzelnen Fälle 15
des positiven Rechts mit diesem individuellen Willen entweder in Gegensatz treten, oder mit ihm adäquat sich verhalten, zu folgender Classification: „I) Nothwendige Erwerbarten. A) Zuwachs: 1) Fruchterwerb, 2) Verbindungsfälle. B) Rückfall an den früheren Eigenthümer und Anfall nach gesetzlicher oder gerichtlicher Bestimmung. II) Willkürliche, beruhend auf A) einseitigem Willen: 1) Besitzergreifung, 2) Ersitzung, 3) Bearbeitung; B) gegenseitigem Willen: Tradition; C) ohne Rücksicht auf Ein- und Gegenseitigkeit des Willens: Adjudication.

Die Mängel nun aber, die der Böcking'sche Eigenthumsbegriff darbietet, zeigen sich auch hier. Indem er das Eigenthum nur auf den formellen Willen des Subjects zurückführt, und im Uebrigen, um diesen rein äußerlichen Willen als Grund des Eigenthums von der Besitzergreifung zu scheiden, ihn doch wieder lediglich durch die Annahme eines anerkennenden Rechtssatzes stützt („der rechtliche Wille des Subjects"), ist er nicht zur Erkenntniß der selbständigen Natur des Eigenthums und des aus dieser Natur hervorgehenden Grundprincips für den Eigenthumserwerb durchgedrungen. Ich will jetzt versuchen, dies Grundprincip genauer darzulegen.

§. 16. Die eigentliche ratio (und zwar naturalis ratio), 16
welche dem Eigenthumserwerbe als fundamentales Princip zum Grunde liegt, ist in den bisherigen Darstellungen des Eigenthumserwerbs noch gar nicht in ihrer richtigen Stellung hervorgehoben worden. Nur hie und da sieht man sie nebenbei, aber in ihrer eigentlichen Bedeutung unerkannt, bei dem einen und anderen Schriftsteller auftreten. Die ratio des Eigenthumserwerbs ist die Arbeit. In dem Erarbeitethaben der Sache liegt der fundamentale factische Entstehungsgrund des Privat-Eigenthums, und mag nun das positive Recht der einzelnen Völker sich noch so sehr mit civilen Satzungen umgeben, diesen

16 eigentlichen fundamentalen Grund des Eigenthums wird es darum doch kaum ganz verwischen können, und die Lehre vom Eigenthumserwerbe wird daher hier immer seinen erklärenden Anfangspunkt zu suchen haben.

Mit der bloßen Aufstellung dieses Satzes ist nun aber an sich noch gar nichts gewonnen. Es kommt darauf an, daß er in exacter Durchführung durch das Einzelne hindurch seine Richtigkeit bewährt. Sehen wir zu, ob wir in Zusammenhalt mit dem positiv-Römischen Rechte diese Durchführung liefern können.

Ich muß hier anknüpfen an die Klasse von Erwerbsfällen, welche man heutzutage unter dem Gesichtspunkt des Eigenthumserwerbs *durch* Besitzergreifung aufzustellen, und unter der man vorzugsweise die Occupation, Specification und Tradition zusammenzufassen pflegt. Ich habe vorher bemerkt, daß hier die Besitzergreifung durchaus nicht das das Eigenthum *verleihende* Moment ist, daß wir aber auch ebensowenig damit auskommen können zu sagen, der positive Rechtssatz enthalte (im Fall des ergriffenen Besitzes mit noch allerlei anderen vom Rechtssatz geforderten factischen Voraussetzungen) die Eigenthumsverleihung. Halten wir für die Folge fest: nicht die Vertheilung der Güter durch den Rechtssatz, sondern *die Willensthat der Individuen ist der materielle Grund des Eigenthums.* Es kommt nun aber, da die Besitzergreifung als solche in keiner Weise genügt, darauf an festzustellen, wie die Willensthat in Wirklichkeit beschaffen ist, auf der das Eigenthum als seiner materiellen Grundlage ruht.

Es wird zweckmäßig sein, die Willensthat, auf deren genauere Analysirung ich jetzt eingehe, mit einem speciell technischen Worte zu bezeichnen. Ich wähle dazu ein Wort, das schon sprachlich die Sache vollständig bezeichnet, und das in unserer juristischen Kunstsprache noch nicht für eine andere tech-

nische Bedeutung in Besitz genommen ist. Es ist das Wort: „Aneignung". Ich verstehe darunter, gerade im Gegensatz der rein äußerlichen Besitzergreifung, die Gesammtheit der factischen Momente, wodurch das Individuum anderen Individuen gegenüber (ohne Rücksicht noch auf einen höheren Gemeinwillen) die Sache materiell an seine Person knüpft, so daß aus dieser vollendeten Thatsache das Subject sich selbst gegenüber seine Legitimation (sein Befugtsein, seine causa) entnimmt, auf Grundlage deren es sich offen seinen Mitmenschen gegenüber als den definitiven Herrn der Sache gerirt. Ich verstehe also unter Aneignung oder befugter Aneignung das gesammte Factum des durch Selbstthat geschaffenen Eigenthums [1]). Wir werden es nun im Einzelnen verfolgen, daß dasjenige was sich das Eigenthum begründende Subject als ihm genügende Quelle seines Eigenthumswillens hinstellt, seine eigene Arbeit ist. Die Arbeit also ist die in der Aneignung steckende factische oder naturale ratio. Sie ist der Grund, um dessentwillen das Subject es vor sich selbst, vor Gott und Menschen zu motiviren oder zu „rechtfertigen" sich getraut, (ganz abgesehen von der juristischen „Rechtfertigung" aus einer positiven Rechtssatzung heraus), daß dies erworbene Gut sein ist (meum est, zunächst noch ganz abgesehen von der Garantie der Gesammtheit: ex jure Quiritium), daß es „die Sache mit sich identificirt", deßhalb aber auch umgekehrt „sein totales Herrschen

II. 16

1) Unsere Sprache gebraucht das Wort Aneignung namentlich auch noch beim Diebstahl, aber dann im Sinn des unbefugten Aneignens, d. h. eines Handelns, welches das Individuum nicht als Grund betrachten kann, darauf Eigenthum zu stützen, nämlich des Nehmens ohne Arbeit. Es ist aber bereits oben hervorgehoben worden, daß auch sogar der Diebstahl unter zusammenlebenden Menschen sich so organisiren kann, daß er eine mit unter den Begriff der Arbeit fallende Aneignung in sich faßt, daß er aber allerdings meistens für alles menschliche Zusammenleben sich als außerhalb des Arbeitsbegriffs liegend herausstellt; s. §. 3 zu Note 6.

16 über die körperliche Sache selbst als die körperliche Sache behandelt" [2]).

Gehen wir im Folgenden auf die Zerlegung der verschiedenen Gestaltungen, in denen die Aneignung überhaupt auftreten kann, genauer ein.

---

2) S. diese Studien. Erstes Heft. S. 46.

III.

Die Occupation. III.

§. 17. — a. **Naturaler Begriff der Occupation.** 17
— Es fragt sich, was der eigentliche Grund, die ratio, der Occupation als Eigenthumserwerbes ist. In dieser Hinsicht besteht heutzutage folgende allgemein herrschende Anschauung: — die Occupation ist das Nehmen der rechtlich herrenlosen Sache. Weil sie herrenlos ist, gestattet uns das Recht, die Sache durch unser Ergreifen mit dem Willen des Eigenthumserwerbes in unser Eigenthum zu bringen [1]). Die Besitzergreifung ist der das Eigenthum realisirende subjective Act; der objective Grund, die naturalis ratio, daß die Sache durch diese Besitzergreifung ins Eigenthum gelangt, ist die Herrenlosigkeit [2]). Es kommt also immer und lediglich darauf an, ob die

1) S. z. B. Mühlenbruch Pand. II. §. 247: „Occupation ist die Besitzergreifung einer herrenlosen beweglichen oder unbeweglichen Sache, mit der Absicht, das Eigenthum derselben haben zu wollen"; s. auch Bruns Recht des Besitzes. S. 2. 3.

2) Puchta Curs. d. Inst. II. §. 241 zu Note 3. „Die einseitige Besitzergreifung, wenn sie das Eigenthum bewirken soll, fordert, daß die Sache herrenlos nullius in bonis ist: quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. Es ist gleichgültig, ob die Sache noch niemals im Eigenthum gewesen, oder ob sie herrenlos erst geworden ist". Pagenstecher Eigenthum II. S. 58. 59.

17 Sache herrenlos sei, das Herrenlose (Derelinquirtes, Sachen die in der Gewalt der Feinde sich befinden und deßhalb herrenlos sind, Thiere in ihrer natürlichen Freiheit die ebendeßhalb herrenlos sind) steht bei der Occupation sich juristisch ganz gleich. Daß aber überhaupt Besitzergreifung von Sachen Eigenthum gewähren kann, ist ein Princip unseres **positiven** Rechtes, und zwar desjenigen Rechtes, welches wir historisch von den Römern haben, und welches bei den Römern *jus gentium* war. „Der Act der Besitzerwerbung ist es, an welchen das jus gentium die Wirkung des Eigenthumserwerbes unter gewissen Voraussetzungen anknüpft, und **in der That** ist es das **Natürlichste**, die rechtliche Herrschaft, die Jemand erwerben soll, mit der physischen zu beginnen“ 3).

Wir können nach dieser Auffassung den Grund der Occupation so zerlegen:

1) Factischer Grund ist a) objectiv die Herrenlosigkeit der Sache, b) subjectiv die Besitzergreifung mit dem animus des Eigenthumserwerbes.

---

3) Puchta a. a. O. §. 241 im Anf. §. 235 zu Note i. „Ein Grundsatz des jus gentium ist es, daß die factische Gewalt über eine Sache die rechtliche nach sich zieht, wenn nicht das Recht eines Anderen entgegensteht, daß man also unter dieser Voraussetzung **durch den Erwerb des Besitzes** auch das Eigenthum erwirbt, also durch Tradition und durch Occupation einer herrenlosen Sache“. Puchta §. 236 Note 1 findet diesen Satz des „allgemeinen **Rechts**“, von dessen Standpunkte aus das jus gentium überhaupt als das frühere gegenüber dem jus civile erscheint“, wonach das „**Nehmen**“ der Anfang des Eigenthums sei [wobei auch fr. 1 §. 1 de acq. poss. herbeigezogen wird; s. §. 23 Note 10] — er findet diesen Satz auch im Worte Göthe's: „woher hat's denn der Großpapa bekommen? Der hat's genommen“. So wird also die Ironie des Dichters, die **unrecht** Gut züchtigt, welches im Lauf der Zeiten sich dem Wohlerworbenen gleichstellt, in die baare Münze des „allgemeinen Rechts“ verwandelt, und das „Nehmen“ einfach für naturalis ratio erklärt. — S. auch oben §. 7 zu Note 3 u. 4. und die dritte Beilage §. IV. Note 1.

2) Rechtlicher Grund ist das Bestehen des positiven Rechtssatzes, ohne welchen jener factische Grund an sich gar nichts bedeuten würde, da, wie überhaupt der Eigenthumsbegriff, so auch der einzelne Entstehungsgrund des Eigenthums lediglich Schöpfung des positiven Rechtes ist. Wenn es auch „das Natürlichste" ist, daß der Rechtssatz die rechtliche Herrschaft mit der physischen beginnen läßt, so wäre doch ein beliebiger anderer Zeitpunkt, welchen das Recht festgestellt hätte [z. B. die Erklärung des Einzelnen vor Gericht, daß er für sich die einzelne bestimmte Sache aussuche und sie demnächst ergreifen werde, oder z. B. der noch über die Besitzergreifung hinausliegende Act des Heimbringens und Einschließens der Sache] von ganz gleicher juristischer Bedeutung. Und in der That, wenn man die Begründung des Eigenthums lediglich auf den Rechtssatz zurückführt, so kann man unter den vielen sich darbietenden factischen Denkbarkeiten wohl von der überwiegenden Zweckmäßigkeit („Natürlichkeit" in diesem Sinn) des einen Punktes reden, aber sie haben doch dem aussuchenden Gesetzgeber gegenüber in sich selbst gar keine verschiedene Stellung. Ist es aber überhaupt nur der Gesetzgeber (oder das gewohnheitsrechtlich thätige Volk), welcher durch seine Satzung erst den Eigenthumserwerbsfall schafft, so ist dann auch in den verschiedenen Völkern eine Uebereinstimmung der Erwerbsgründe eine reine Zufälligkeit, auf die vielleicht jene Zweckmäßigkeit eine gewisse Einwirkung geübt hat; eine Occupation aber als selbständig schon auf der Stellung des Individuums beruhende menschliche Einrichtung (nicht erst als von den menschlichen Gesammtheiten ausgedachte Satzung) giebt es alsdann nicht. 17

§. 18. Tiefer und schärfer faßt die Sache wiederum Böcking (a. a. O. §. 150). Er tritt dem wahren Grunde des Eigenthums um ein Wesentliches näher. „Der Wille des 18

18 Subjects, sagt Böcking, ist der berechtigte, wenn und sofern nicht der eines anderen oder anderer ihn zu negiren berechtigt ist; die Sache ist das an sich willenlose oder im Recht so geltende Object des Willens, und als Eigenthumsgegenstand das körperliche Object der unbestimmten rechtlichen Beherrschung durch den Willen des Subjects; sie wird also meine, mein Eigenthum, indem ich meinen Willen, ohne Negation des rechtlichen Willens eines anderen Subjects sie zu beherrschen, bethätige. Hiemit ist der Begriff der Besitzergreifung im weitesten Sinn als Aneignung und insbesondere der Occupation herrenloser Sachen als Eigenthumserwerbshandlung gegeben".

Also unmittelbar auf die Stellung des Individuums den natürlich vorhandenen, zum Eigenthum die Bestimmung in sich tragenden, Dingen gegenüber wird die Occupation gestützt. Die in der Occupation liegende Besitzergreifung ist nicht bloß eine Art „Form (wenn auch keine künstliche)" [1]) welche der Rechtssatz vorgeschrieben hat. Vielmehr ist, indem es sich bei der Occupation lediglich darum handelt, daß das wollende Individuum dem körperlichen Dinge gegenübertritt, die Besitzergreifung die nothwendige Verkörperung des sonst bloß innerlichen Willens. Indem das Eigenthum, nach Böcking, das „Verhältniß der wollenden Person zur willenlosen Sache" ist, so ist nun die Occupation der der Person nächstliegende Act zur Begründung dieses Verhältnisses, der ohne die factische Besitzergreifung noch ganz ohne Bethätigung sein würde. Vorher also würde gar kein factisch vollendeter Act vorliegen.

So richtig nun dies Letztere ist, so bedarf es doch noch der Befreiung von einem eingemischten unrichtigen Element. Stützt man die Occupation als Eigenthumsentstehungsgrund nicht erst

1) Worte Puchta's a. a. O. §. 241 zu Note c, die, wenngleich von der Tradition gebraucht, doch wohl sicher auch seinen Gedanken in Betreff der Occupation ausdrücken.

auf den sie sich ausdenkenden Rechtssatz, sondern findet man sie als unmittelbar schon in der Stellung des Menschen zur Sache gegeben, so muß man aus ihrem Begriff auch vollständig alle „*rechtlichen*“ Momente herauszunehmen im Stande sein. Man muß sie als etwas schon vollständig in sich selbst factisch Bestehendes erklären können, ohne alle Einmischung der ihr in einem besonderen Volke zu Theil werdenden rechtlichen Anerkennung und Sanction. Man darf also nicht gleich den „Willen des Subjects“ mit Böcking für einen „*berechtigten*“ erklären. Berechtigt wird der individuelle Wille erst durch Hinzutreten eines zweiten Willens, nämlich die Satzung des Gemeinwillens, denn es giebt kein anderes Recht, als das auf positiver Satzung beruhende. Wenn man also die Occupation auf den individuellen Willen als ihren eigentlichen Grund zurückführen will, so muß man nachzuweisen im Stande sein, daß sie lediglich auf diesem Willen ruht, ohne Hinzuziehen des Gemeinwillens. Denn wenn man letzteren überhaupt herbeizieht, so muß man zugeben, daß er als der höhere den individuellen Willen ganz negiren könnte. Man stände also immer noch auf dem Punkte: Occupation ist der in einem positiven Recht so oder so vorgeschriebene Eigenthumserwerb, der aber je nach Willkür der Rechtssatzung auch beliebig anders sein könnte. Einen bestimmten festen Begriff abgesehen von der positiven Satzung des einzelnen Volks hätten wir noch gar nicht.

Man muß also zunächst darauf ausgehen den individuellen Willen nicht als einen „berechtigten“, sondern als einen „materiell befugten“ nachzuweisen, d. h. den factischen Grund darzuthun, auf den gestützt das der Sache sich bemächtigende Subject sich selbst sagt: „*Darum* bin ich nicht bloß äußerlicher Besitzer, sondern Eigenthümer der Sache; dies ist der Grund, um dessentwillen ich die Sache als *mein* (propria), als nicht bloß vorübergehend und formell in meiner Hand, sondern als

18 materiell und definitiv mit meiner Person zusammengeschlossen betrachte“. Man darf nämlich sich hier nicht täuschen. Wenn man sagt: der Grund des Eigenthums ist die Persönlichkeit, also der Wille und die That des Individuums, so steht der Satz noch immer ganz unbewiesen da, wenn man nicht aus der Persönlichkeit und lediglich aus ihr, also aus der Stellung der Individuen als solcher, den Grund erklärt, aus dem heraus sich das Eigenthum zu einem vom bloßen Besitz völlig getrennten *factischen* Verhältniß gestaltet. Ist das Eigenthum nicht schon eine durch die Individuen als solche (die aggregirte Gesammtheit) gestaltete factische Einrichtung, so werden wir immer wieder zu der jetzt herrschenden Auffassung zurückgetrieben, daß das Eigenthum nichts ist als eine willkürliche Schöpfung des Gemeinwillens d. h. des positiven Rechtssatzes, daß es also nicht aus der Persönlichkeit heraus erklärbar ist.

Wir dürfen hiernach also auch nicht mit Böcking das Eigenthum aus dem „*Nichtrecht*“ der Anderen erklären, denn damit stecken wir immer noch in der (an und für sich willkürlichen) Satzung des Gemeinwillens, leiten also das Eigenthum nicht aus der Persönlichkeit ab. Wenn Böcking sagt: „Der Wille des Subjects ist der *berechtigte*, wenn und sofern nicht der eines anderen ihn zu negiren *berechtigt* ist“, also: Eigenthum ist „*rechtliche* Beherrschung durch den Willen des Subjects ohne Negation des *rechtlichen* Willens eines anderen Subjects“, so heißt das: die Rechtssatzung sagt, daß die Uebrigen nicht Eigenthümer sein sollen, daß dagegen der Wollende es sein soll. So macht dann aber doch der positive Rechtssatz den „Begriff“ des Eigenthums, und es ist gar nicht abzusehen, warum der Rechtssatz nothwendig „nach dem Begriff“ den Wollenden und lediglich Wollenden (vergl. a. a. O. §. 134. a) für den Eigenthümer erklären muß. Stützen wir uns also beim Begriff der Occupation überhaupt noch auf den

positiven Rechtssatz, so werden wir für die Erklärung unseres 18
Rechts doch nur auf die in Deutschland recipirte „Anschauung
der Römer“ zurückgeworfen, welche „Anschauung“ indeß auch
anders hätte sein können. Wir haben dann aber das Eigenthum
und die Occupation in der That nicht aus der Persönlichkeit
des Menschen heraus erklärt, sondern doch lediglich aus dem
Satze: lex ita scripta est. Und so recurrirt denn auch Böcking
für die Occupation wieder auf „die naturrechtliche Ansicht
der Römer“, daß omnia quae coelo terra mari capiuntur vor-
her nullius sind, und auf „ihre völkerrechtliche Ansicht“,
daß die Feinde ohne Privatrechte seien, und, was diese factisch
haben, in Niemandes Eigenthum stehe. Recurriren wir aber
hierauf, so müssen wir eingestehen, daß wir nicht im Stande
sind, das Eigenthumsverhältniß aus sich selbst heraus, also aus
seiner Natur, zu analysiren, sondern daß wir den reellen Kör-
per des Eigenthums nur nach dem Kleide zu bezeichnen ver-
stehen, das ihm die wechselnde Menschensatzung umgehängt hat.
Wir sind dann wieder bei dem Satze angelangt, den heute Viele
so hoch halten, daß alle wissenschaftlich-juristische Untersuchung
lediglich ein Forschen nach der positiven Menschensatzung ist, daß
aber ein Zurückgehen auf die „Natur der Verhältnisse“ als ein
eitles und unfruchtbares Unternehmen erscheint.

§. 19. Die naturalis ratio, auf welcher die Occupation 19
als Eigenthumserwerb ruht, ist meiner Meinung nach in den
bisher hervorgehobenen Momenten noch gar nicht ausgesprochen.
Es wird zweckmäßig sein, die Darstellung dieser naturalis ratio
gleich mit Hinblick auf gewisse aus ihr sich erklärende Conse-
quenzen zu geben, aus welchen Consequenzen sich aber zugleich
ein Rückschluß auf die Richtigkeit des Grundprincips ergeben
wird. Wenn, wie man es jetzt auffaßt, die Occupation bloß
der Act der Besitzergreifung der res nullius ist, welcher der po-
sitive Rechtssatz das Eigenthumsrecht verleiht, so muß man,

19 wenn man consequent sein will, auch sagen, daß mit Vollendung dieser Thatsache das Eigenthum ein definitiv erworbenes ist. Parallelisiren wir es mit der jetzt herrschenden Auffassung von der Tradition, so stellt sich die letztere so: „Der Act der Besitzerwerbung" an der Sache eines Anderen (an der dieser sein Recht auf mich herüberfließen läßt) ist es, „an welchen der positive Rechtssatz (das jus gentium) die Wirkung des Eigenthumserwerbes anknüpft" [1]). Die nothwendige Consequenz ist auch hier, daß wenn nun demgemäß die Besitzerwerbung stattgefunden hat, das Eigenthum definitiv erworben ist, also auch nicht dadurch aufhört, daß uns die Sache entläuft oder verloren geht. Danach müßte denn also das eingefangene Wild, wenn es mir wieder wegläuft, ganz unverändert in meinem Eigenthumsrecht bleiben, denn der Rechtssatz hat es mir ja in Folge der einmaligen Besitzergreifung definitiv gegeben. — Wie erklärt sich nun der Satz des Röm. Rechts, daß an der occupirten Sache das Eigenthum von selbst wieder aufhört, wenn der occupirte Gegenstand sich wieder in seine Freiheit zurückzieht [2])? Ich finde nirgends eine eigentliche Erklärung

1) Puchta a. a. O. §. 241 im Anf.

2) §. 17 I. de rer. div. (2. 1.) — Item ea, quae ex hostibus capimus, jure gentium *statim nostra* fiunt, (Gai. II. 69 *naturali ratione* nostra fiunt), adeo quidem ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen si evaserint nostram potestatem et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt. Böcking bemerkt richtig, daß der Satz beim occupirten Wilde ein ganz ähnlicher sei: §. 12 I. eod.: Quidquid autem eorum ceperis, *eousque tuum esse intelligitur*, donec tua custodia coercetur. Cum vero evaserit custodiam tuam, et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desiuit, et rursus occupantis fit. Der Satz reicht aber noch weiter: fr. 5 §. 1. fr. 6 pr. de rer. div. 1. 8. — In mari piscantibus liberum est casam *in litore* ponere qua se recipiant; in tantum ut et soli domini constituantur qui ibi aedificant, sed quamdiu aedificium manet; alioquin, aedificio dilapso, quasi jure postliminii, *revertitur locus in pristinam causam*, et si alius in eodem loco aedificaverit, eius fiet. (s. fr.

dieses Satzes, und in der That ist er, von jener Auffassung der Occupation aus betrachtet, eine reine Willkürlichkeit des Römischen Rechts, von der man dann also wiederum nichts sagen dürfte, als: lex ita scripta est. Die Sache liegt aber wesentlich anders, und es wird sich zeigen, daß wir hier eine durchaus principielle Schlußfolgerung, einen von den Römern ganz richtig erkannten Ausfluß der zum Grunde liegenden naturalis ratio vor uns haben.

Die Occupation als Eigenthumserwerb hat ihre Hauptbedeutung in den Urzuständen der Menschheit, in die wir deßhalb auch zurückblicken müssen, wenn wir die anfängliche Bedeutung derselben verstehen wollen. Und doch ist diese anfängliche (principielle) Bedeutung noch immer die Basis für das Verständniß unserer, wenn auch durch die Satzungen des positiven Rechts mannigfach umgestalteten, Occupationslehre.

Occupation ist der auf Kampf gegründete Sacherwerb des Menschen. Der noch in niederen Zuständen lebenden Menschheit tritt es vorzugsweise vor Augen, daß sie im Kampf lebt gegen drei sich ihr entgegenstellende Gewalten: Kampf gegen die Thiere, die mit Kraft und List dem Menschen (Jäger und Fischervölker) zu entgehen suchen; Kampf gegen den Grund und Boden, der aus seinem wilden wesentlich unproductiven Zustande dem Menschen durch Urbarmachung dienstbar werden soll; Kampf gegen andere feindliche Menschen. Dieser dreifache Kampf ist es, in dem die rohere Menschheit zu civilisirteren milderen Verhältnissen emporwächst. Der Mensch lernt es gegen diese drei Gewalten zu siegen, und durch den Sieg sich

14 pr. de acq. rer. dom. 41. 1.) — Aehnlich würde es sich (wenn die Frage unter übrigens gleichen Verhältnissen überhaupt vorkommen könnte) stellen, wenn das Subject ein Stück Grund und Boden im Urwald urbar gemacht hat, dann aber die Naturkraft des Urwaldes überwiegt und der Fleck Landes wieder zu Urwald wird.

19 einen Erwerb zu gründen, den er zur Basis seiner materiellen Existenz macht. Er lernt es nicht bloß, seine drei Feinde (Thiere, die wilde Naturvegetation, und fremde Menschen) mit höherer Gewalt und List zu bändigen, so daß sie ihm dienen müssen, sondern er lernt es, durch Herstellung einer gewissen Ordnung sie gleichsam geistig an sich zu ketten, sie zu zähmen, zu civilisiren. Der Boden, auf dem der Mensch sich ansiedelt, wird am Ende so „cultivirt", daß er das Drängen nach Rückkehr in den wilden Naturzustand ganz verliert; von den wilden Thieren weiß der Mensch einzelne, ja am Ende ganze Gattungen, an sich zu gewöhnen, so daß sie dem Menschen treu werden, von selbst zu ihm zurückkehren [animus revertendi [3])], daß sie der natürlichen Freiheit ganz vergessen. Ja endlich seines Gleichen, den bekämpften gefangenen Feind, weiß der Mensch in solche Ordnung einzufügen, daß statt der Kette und des Riegels die Zügel, mit denen er ihn beherrscht, geistiger Art werden, ja daß am Ende oft Liebe und Treue den Sklaven schon von sich selbst aus an seinen Herrn fesselt.

Diese auf Kampf und Erwerb durch Kampf gebauten Urzustände der Menschheit, macht sie erst der Rechtssatz der einzelnen Volkskreise? Keineswegs, sie sind schon da, unabhängig von der Satzung der menschlichen Gesammtheiten. Sie sind der ganz über die einzelnen Familien- und Volkskreise hinausreichende naturale Organismus, welcher in der zusammenlebenden Menschheit schon seinen festen factischen Bestand hat, welcher sich factisch eingebürgert hat, ehe die Satzung der einzelnen Völker ihn erfaßt und verschiedenartig gestaltet. Die Menschheit bildet sich den Begriff des Eigenthums als „aggregirte Ge-

3) §. 15 I. de rer. div. 2. 1. — Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerunt.

III.

sammtheit" durch die That der kämpfenden und durch Kampf 19
erwerbenden Individuen, und wenn die Menschheit dahin gelangt, in ihren einzelnen Volkskreisen Rechtssatzungen zu machen, so liegt der Begriff des Eigenthums und der Occupation schon lange vor. Aus der That der Individuen heraus, und lediglich aus ihr, also aus der Persönlichkeit, gestaltet sich dem Menschen der Begriff dessen was Sein ist, was er sein Eigen nennt. Wenn er mit Weib und Kind in schwerer Arbeit den Grund und Boden durch seine Ansiedlung sich unterworfen hat, so erklärt er lediglich in Folge dieser seiner That das Grundstück für ihm gehörig. Ferner was der Mensch durch Ueberwältigung oder Ueberlistung der Thiere an sich gebracht hat, das rechnet er sich zu, wegen der vielen Mühe und Geduld und Kraftanstrengung, kurz wegen der Arbeit, die solches Jagd- und Fischerleben fordert. Und endlich wenn der Mensch seinen Feind besiegt, ihn gefesselt, sein Gut an sich genommen hat, so rechnet er sich das zu, weil der Kampf, bei dem er seine eigene Persönlichkeit einsetzt, bei dem ihn ja dasselbe Schicksal hätte treffen können wie jetzt seinen Feind, ein seinen Lebensunterhalt gewährendes Gewerbe, wahre und oft schwerste Arbeit der Person ist[4]).

---

4) Tacit. Germ. 14: materia munificentiae (ihr Vermögen) per bella et raptus. Nec arare terram aut exspectare annum tam facile persuaseris, quam vocare hostem et vulnera mereri; pigrum quin immo et iners videtur, sudore acquirere, quod possis sanguine parare. Roscher Volkswirthsch. I. §. 83. „Das Räuberwesen gilt hier, wie auf den meisten niederen Culturstufen, als vorzüglich ehrenwerth". — Sogar organisirtes Diebswesen, namentlich das nicht ertappte Stehlen (wobei also das Subject die eigene Persönlichkeit der Gefahr des Entdecktwerdens aussetzt, und ein Kampf in Betreff der Klugheit und Ueberlistung stattfindet) kommt in der zusammenlebenden Menschheit als eingebürgerte reguläre Gestalt des Unterhaltserwerbes oder der Arbeit vor. So ferner auch die Fehde und der Kampf innerhalb derselben Volks- und Staatsgenossenschaft, so daß der Sieger den Besiegten knechtet, und ihm

19 Es ist gar nicht so zu erklären, daß er den Feind nicht zunächst für seines Gleichen hielte, aber eben weil er mit eigener Gefahr seines Gleichen gebändigt hat, so ist er durch sich selbst Herr des

---

seine Waffen und sonstiges Gut als Beute nimmt. — Insbesondere über die Organisirung des Diebswesens bei den alten Aegyptern (Einschreibung der Diebe in eine Zunft, Meldung der Bestohlenen beim Zunftvorsteher, Rückerstattung des Gestohlenen gegen Zahlung von $\frac{1}{4}$ des Werths) vgl. Eberty das Gefängnißwesen (Dresden 1858) S. 3. [Aehnlich auch das hochschottische black-mail.] — Es ist zwischen Raub (oder Kampf im engeren Sinne) und Diebstahl kein natural sicherer Unterschied, so daß einfach ersterer anfänglich immer als eingebürgerte Arbeit, letzterer umgekehrt nur als vereinzeltes arbeitsloses Nehmen vorkäme. Auf die genauere Feststellung der Gränze zwischen eingebürgerter Arbeit und nicht-eingebürgerter Sachergreifung werden immer Zeit, Ort, Verhältnisse und sittliche Anschauungen der zusammenlebenden Menschen influiren. Aber es besteht immer in einem zusammenlebenden Menschenkreise eine bestimmte factisch festgesetzte Art und Weise sich den Lebensunterhalt zu erringen und also der naturale Gegensatz a) einer gewissen die Besiegung feindlicher Kräfte enthaltenden Arbeit, b) einer gewissen friedlichen Arbeit (durch Ackerbau u. s. w.), c) des arbeitslosen Nehmens und Habens. — Diese drei Begriffe sind natural gegeben, nicht lediglich als sittlich oder unsittlich sich unterscheidende. Welche einzelne Thätigkeit unter den einen oder anderen fällt, kann sich verschieden gestalten. Es ergiebt sich dies zunächst aus der factisch gegebenen Lage, in der eine zusammenlebende Menge Menschen dazu getrieben wird, sich ihren Unterhalt zu suchen. Damit gehen freilich auch immer gleich sittliche Anschauungen Hand in Hand, und das natural Organisirte wird mit den sittlichen Ueberzeugungen stets in lebendiger Wechselwirkung stehen, aber man kann den Begriff der feindlichen und friedlichen Arbeit im Gegensatz zum arbeitslosen Nehmen nicht erst aus der Sittlichkeit erklären. Diebstahl ist schon in sich selbst für die Dauer und für eine Gesammtheit ein schlecht rentables Gewerbe. Menschen von kriegerischer kräftiger Art, denen daneben auch noch Feldbau offen steht, fällt es wie den alten Deutschen gar nicht ein, sich ihren Lebensunterhalt anders zu suchen als im offenen Kampf durch Kraft (sanguine parare); hier kommt also auch der Diebstahl factisch nur vereinzelt vor, und er, der sich nicht zur Arbeitsweise der Gesammtheit gestaltet hat, wird zugleich als unsittlich betrachtet. Stämme aber, die in kümmerliche Lage ohne

Anderen geworden. Der ganze Lebensorganismus der anfangenden Menschheit ruht auf Kampf, und danach ist es naturalis ratio, daß der Mensch Herr über den Menschen sein kann, und es gehört erst völlige Umgestaltung des Organismus der menschlichen Lebensverhältnisse dazu, ehe der Mensch dahin gelangt, hier einen Widerspruch zu finden und sich zu gestehen, daß von anderen Ausgangspunkten aus die naturalis ratio zu dem Resultat führe, der Mensch dürfe nicht Herr über den Menschen sein, er dürfe ihn nicht durch seine Bändigung zur Sache machen. 19

§. 20. Occupation ist das Erkämpfen der Sache. Die naturalis ratio, weßhalb das Erkämpfen das Eigenthum gewährt, ist die, daß das Erkämpfen eine Arbeit des Subjects ist. Die Besitzergreifung ist nicht der Grund (das Princip, die ratio), aus der sich das Eigenthum erklärt. Besitzergreifung als solche kann wohl der Anfangspunkt, nicht aber der Grund des Eigenthums sein; damit sie Anfangspunkt für das Eigenthum sei, dazu ist erforderlich, daß der wirkliche Grund des Eigenthums eine solche factische Natur habe, daß er ohne reelle Be- 20

---

festes Territorium zurückgedrängt sind (Zigeuner, Indianer), können dahin gebracht werden, daß sich auch das Stehlen (als ein Kampf durch List) zu einer eingebürgerten Thätigkeit organisirt, auf die sie ihren ganzen Lebensunterhalt und ihre Lebensweise mehr oder weniger einrichten; und zwar nicht bloß das Stehlen bei anderen Stämmen, sondern vielleicht auch unter den Stammgenossen. Mit dieser wildwüchsigen naturalen Einrichtung wird es meist Hand in Hand gehen, daß ihnen auch das Stehlen nicht mehr für unsittlich gilt, ganz abgesehen noch wieder von der etwa bestehenden Rechtsfatzung (z. B. der in einem Reiche auch die umziehenden Zigeunerstämme treffenden gesetzlichen Diebstahlsstrafe). Es läßt sich hier also die Scheidung der naturalen, sittlichen und rechtlichen Elemente ganz genau durchführen, wenn sie auch in den meisten Volkszuständen als concentrische und gleichgroße Kreise auf einander liegen, und also das Eine unter dem Anderen leicht unerkannt bleibt.

20 thätigung des subjectiven Willens über die Sache nicht gedacht werden könne. Das Erkämpfen der Sache involvirt das Besitzergreifen, aber in dem bloßen Besitzergreifen ist gerade das materielle Moment, aus dem sich die Eigenthumserlangung erklärt, nicht angegeben[1]).

Das Erkämpfen ist eine Thatsache, dessen Inhalt wesentlich folgende Momente in sich faßt. Es ist Thätigkeit des Subjects einer widerstrebenden Gewalt gegenüber. Hat man die Gewalt gebändigt, so ist man Eigenthümer, aber es ist dabei eine Fortdauer des Widerstrebens denkbar, und es ist immer noch möglich, daß das Widerstrebende sich wieder befreit. Gelingt dies, so ist damit der Begriff des Sieges in sich selbst vernichtet, und also auch das auf den Sieg gebaute Eigenthum. Diese von den Römern anerkannte Zerstörung des occupirten Eigenthums (s. §. 19. Note 2) ist also die einfache Folge des Grundbegriffs der Occupation[2]). Es tritt hierbei besonders deutlich hervor,

1) Göschen Civ. R. II. §. 245. sagt vom Standpunkt des Occupirenden hiernach ganz unrichtig: „der Occupirende achtet zu dem beabsichtigten Erwerbe weiter nichts für nöthig, als das bloße Factum der Besitzergreifung". Zu allen Zeiten scheidet sich unter zusammenlebenden Menschen sogleich der factisch durchgeführte Gegensatz des durch Arbeit Erworbenen und des ohne Arbeit Genommenen, noch ganz abgesehen von der rechtlichen Sanction, und mit der bloßen Ergreifung hat der Mensch noch nie den Begriff des Eigenhabens.

2) Es wird vorausgesetzt ein wirkliches Wiedererlangen der natürlichen Freiheit, sowie die Occupation Entziehung der natürlichen Freiheit ist. Dies ist nicht nach dem Buchstaben einzelner von den Römern gebrauchter Beispiele zu interpretiren [§. 12 I. de rer. div. 2. 1. „Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit eius persecutio".], so daß also der aus einer Menagerie in einen unserer Forste entsprungene Löwe, oder der in einen Karpfenteich entsprungene Seehund herrenlos wäre, sondern es kommt je nach den factischen Verhältnissen auf die wirkliche Wiederherstellung der natürlichen Freiheit an.

daß in der Thatsache der Occupation an sich nichts liegt, als das Gegenüberstehen des siegenden Subjects und des unterliegenden Gegenstandes. Aus der siegenden Persönlichkeit und lediglich aus ihr heraus erklärt es sich, daß der Gegenstand, mag er eine bisher in natürlicher Freiheit stehende Sache oder ein in natürlicher Freiheit lebender Mensch gewesen sein, jetzt eine eigene Sache des Siegers geworden ist.

Dagegen liegt nicht im Begriff der Occupation, als eines aus dem Zusammenleben der Menschen sich entwickelnden naturalen Princips, der Hinblick auf die neben dem Kämpfer noch stehenden Menschen, daß also die Sache eine res nullius sein müsse, und noch viel weniger der Hinblick auf das Bestehen einer die Besitzergreifung sanctionirenden Rechtssatzung. Keines dieser beiden Momente ist wesentliche Voraussetzung der Occupation. Betrachten wir beide Punkte noch etwas genauer.

1) Die Rechtssatzung ist kein wesentliches Moment, denn der Gang der Menschheit ist nicht der, daß das zusammenlebende Volk erst den Rechtssatz feststellte, Jeder könne von Occupation leben, und daß dann erst angefangen würde, die Occupation auszuüben. Der Gang ist vielmehr umgekehrt. Zuerst leben die einzelnen Menschen von Jagd, Fischfang, von Festsiedelung auf dem der Pflugschar unterworfenen Grundstücke, von Bekämpfung und Beraubung Anderer (sei es der Volksgenossen oder bloß Fremder[3])); ihre Lebensverhältnisse haben sich nach dieser Thätigkeit

3) Ich sehe fortan von dem Diebstahl als einem Falle ab, der sich allerdings (als Kampf durch List gegen feindliche Kräfte) durch die Gestaltung der Lebensweise mancher Völkerschaften mit in den Begriff der Eigenthumsoccupation einschieben und zu einem Stück des organisirten Fuges dieser Völker werden kann. Bei Römern und Deutschen sind solche natürliche Unterlagen für die Gestaltung der Lebenszustände vorhanden, daß wir, indem wir den Blick vorzugsweise auf diese Völker gerichtet halten, von vorn herein den Diebstahl als außerhalb des Occupationsbegriffs liegend betrachten dürfen, und unter dem in diesen Völkerschaften auftretenden Kampf

20 der Individuen bereits gestaltet, der Erwerb ist danach bereits in des Einzelnen Hand, er hat Gut was er sein nennt, und als „das Seinige" vertheidigt, er hat aus sich heraus den Begriff des Eigen, des Wohlerworbenen, sich gebildet. Dann erst kommt der weitere Schritt hinzu, daß genauere Satzungen von der Gesammtheit gewohnheitsrechtlich und gesetzlich gegeben werden, wann, namentlich in Fällen die Zweifel und Streit hervorgerufen haben, das Eigenthum bei Jagd und Fischfang, ferner für den Grund und Boden, sowie in ehrlicher Fehde als erworben gelten soll, und wie die Gesammtheit diesem Eigenthum Schutz gewähren will. Den Begriff von Eigenthum und von Occupation als Grund des Eigenthums *schaffen* aber diese Rechtssatzungen nicht. Die Veränderung, die durch die hinzutretende Rechtssatzung bewirkt wird, ist nur die, daß die jetzt in Gemäßheit dieser genaueren Rechtssatzung geschehende Occupation eine occupatio ex jure civium (Quiritium), daß das dadurch gewonnene Eigenthum zu einem juristisch garantirten Eigenthum (dominium ex jure Quiritium) wird.

Solche Rechtssatzungen in den einzelnen Volkskreisen können nun sehr verschiedene Gestaltung annehmen. a) Es ist möglich, daß, wenn überhaupt erst einmal die Satzung der Gesammtheit in Betreff des durch die Masse der Einzelnen vor sich gehenden Erwerbes thätig wird, sie sogleich dem bisherigen factischen Zustande des Einzelerwerbes ein entgegengesetztes juristisches Extrem, nämlich das der Gütergemeinschaft gegenüber-

gegen den Nebenmenschen nur den auf der Grundlage der *Gewalt und Kraft* ruhenden (des sanguine parare; also Rauben, Kampf um Gefangene zu machen, und allerdings auch heimlichen Ueberfall aber mit hinzutretendem Trotzbieten in Waffen) voraussetzen. Es mag erlaubt sein, nach den in diesen Völkerschaften factisch gegebenen Zuständen fortan diesen auf Gewalt und Kraft ruhenden Kampf kurz den „ehrlichen" Kampf zu nennen, und den Diebstahl einfach als Fall des arbeitslosen Nehmens oder der bloßen Besitzerlangung zu behandeln.

stellt[4]). Danach erscheint die erwerbende Thätigkeit des Einzelnen nicht mehr als für sich, sondern als für die Gemeinschaft erfolgend, und die Gemeinschaft gewährt einem Jeden den nöthigen Bedarf. b) Es ist ferner möglich, daß nach der festgestellten Rechtssatzung der Einzelne für den Staat, die Gesammtheit, erwirbt, daß aber dann der Staat nach bestimmter Vertheilungsregel die erworbenen Sachen dem Individuum wieder zu Einzelrecht zutheilt. Also die Kriegsgefangenen und die Kriegsbeute wird zunächst Eigenthum des Staats und der Einzelne leitet nun seine juristische Stellung vom Staat ab. Ferner: die Gesammtheit als solche siedelt sich in einem gewissen Landdistricte an, sie occupirt zuerst den Grund und Boden, und vertheilt nun Eigenthum oder auch bloß Besitz und Genuß an die Einzelnen. Solche Rechtsgestaltungen, wie die Römischen Zustände sie uns sehr genau erkennbar machen, kommen vorzugsweise bei solchen Völkern vor, die schon einmal gewandert sind, und denen sich durch die Wanderung das Bedürfniß aufdrängt, das im Krieg Erworbene (Sklaven, Beute, Grundeigenthum), das doch Gesammterwerb des Gesammtzuges ist, nicht nach dem Zufall der Ergreifung, sondern nach möglichst gleichmäßiger Vertheilung an den Einzelnen kommen zu lassen. c) Es ist endlich möglich, daß die Rechtssatzung nur den bisherigen naturalen Zustand, vielleicht mit dieser oder jener kleinen Veränderung, sanctionirt. Hier (wie dies bei den Römern insbesondere für Jagd und Fischfang hervortritt) bleibt dann

4) S. Beispiele bei Roscher a. a. O. §. 83. Anm. 1. Auch Roscher erkennt richtig an, daß „die Gütergemeinschaft im Vergleich mit der ganz rohen Isolirung schon als ein Fortschritt angesehen werden muß, und daß es falsch ist, sie für den allerursprünglichsten Zustand zu halten". — Die Gütergemeinschaft ist im Gegensatz zu dem naturalen Einzelerwerbe, der immer die erste Grundlage ist, eine rein auf civilis ratio ruhende Rechtsgestaltung. Vgl. auch Genaueres in der zweiten Beilage §. 11.

20 also unverändert der Satz, daß der Einzelerwerb Einzeleigenthum begründet, der Rechtssatz erkennt diese naturalis ratio als Grund an, daß auch Rechtsfolgen und Rechtsschutz der einen oder anderen Art dem Erwerber innerhalb dieses Volkskreises gewährt werden sollen.

21 §. 21. — 2) Wenn, wie wir eben sahen, die Rechtssatzung nichts zum naturalen Begriff der Occupation als Eigenthumsgrundes Gehörendes, vielmehr etwas erst von außen Herzutretendes ist, so haben wir nun auch das andere Moment aus dem Occupationsbegriff ganz zu verbannen, daß bei ihr nothwendig eine res nullius vorausgesetzt werde. Occupation ist Besiegung, Zähmung, Bändigung dessen, was mir widerstrebt. Wenn ich nun freilich den Grund und Boden „bändige“ und cultivire, so kann ich nicht sagen, daß der wilde Urwald vorher sein eigener Herr gewesen sei, denn der Boden hat keine natürlich gegebene Subjectivität. Ebenso wenn ich den Löwen „bändige“ oder auch wenn ich nur mit List den Sperling fange, so kann ich wiederum nicht sagen, daß diese Thiere bis dahin ihre eigenen Herren gewesen seien, wiederum weil ihnen die eigentliche Subjectivität fehlt; ich kann nur sagen, daß ich ihnen ihre natürliche Freiheit genommen habe. In beiden bisher angegebenen Fällen habe ich also eine res nullius gebändigt. Wenn ich aber den Menschen „bändige“ und ihm nehme, was er sich bisher als Gut gesammelt hatte, so muß ich, weil hier ein natürlich gegebenes Subject mir gegenübersteht, anders reden. Es ist zu keinen Zeiten in der Menschheit anders gewesen, als daß der Mensch seinen Mitmenschen als solchen anerkannt hat. In den Zeiten, als man den Kriegsgefangenen zum Sklaven machte, ist das nicht anders gewesen, als jetzt wo man den Neger nach Amerika transportirt. Ehe man ihn gebändigt hat, erkennt man an, daß der jetzt zum Sklaven Gemachte frei, daß er „sein

eigener Herr" war[1]). Man erkennt ihm damit einen Zustand an, der anders ist, als der des Löwen in seiner „natürlichen Freiheit", man gesteht ihm subjective geistige Macht zu, und danach auch die Möglichkeit, Herr über wohlerworbenes Gut zu sein. Wie freilich dieser Mann daheim unter seinen Genossen das Gut in Gemäßheit der dortigen Rechtssatzungen erworben hat, ist dem „Bändiger" so gut gleichgültig, wie die Frage ob dieser Mann drüben bei den Seinigen vielleicht schon Knecht eines Anderen war. Der Bändiger nimmt ihn und sein Gut, weil er ihm gegenüber frei und freier Herr seines Guts war, und weil er nun von ihm gebändigt ist. Man erkennt also gerade dem Gebändigten factische Freiheit und factisches Eigenthum (keineswegs immer bloßen Besitz) an, der Grund des Eigenthums an Sklaven und an der Kriegsbeute ist nicht, daß das Genommene herrenlos war, sondern umgekehrt, daß der, welcher bisher Herr seiner selbst und seines Guts war, jetzt besiegt und also seiner Herrschaft entkleidet worden ist. Die naturale Consequenz hieraus aber ist, daß, wie das wieder entlaufende Thier wirklich frei wird, also das auf Occupation gegründete Eigenthum wirklich aufhört, so auch der in seine auswärtige Heimath zurückkehrende Sklave wirklich wieder factisch frei wird, mithin das im Inlande an ihm durch die Occupation erworbene und als Recht anerkannte Eigenthum factisch und rechtlich als untergegangen erscheint. Gerade weil das Inland die auswärtige Freiheit als bestehend anerkennt, so tilgt das Erlangen der ausländischen Freiheit das inländische Eigenthumsrecht am Sklaven. Daraus aber folgt ferner, daß auch bei der Kriegsbeute die in die auswärtige Heimath zurückgebracht wird, das auswärtige Eigenthum, welches das Inland als factisch bestehend

---

1) Darin liegt durchaus nicht der Satz, daß er sich selbst „im Eigenthum" gehabt habe.

21 anerkennt, das inländische auf das Factum der Erbeutung gestützte Eigenthum zerstört.

Diese Sätze hat das Alterthum und haben auch die Römer anerkannt[2]). Sie sind principielle Consequenzen der Occupation, und zeigen uns, daß das Occupationsprincip ein Begriff ist, dessen Bestehen in der Menschheit ganz über den einzelnen Volkskreisen liegt. Um dies aber zu verstehen, muß man erst dahin gelangt sein, das Eigenthums*verhältniß* als ein nicht erst aus der Rechtssatzung der einzelnen Völker Geschaffenes zu erkennen. Es ist ganz richtig, daß die Römer das Eigenthum der fremden Völker *rechtlich* nicht anerkennen (also ihm auch zunächst gar keinen Schutz in Rom zugestehen), aber es ist ganz unrichtig, daraus den Schluß zu ziehen, daß sie nun die Sachen draußen bei den Fremden für res nullius erklärten, d. h. daß sie das Eigenthum den fremden Völkern *factisch* abläugneten und ihnen bloß den äußerlichen Besitz zugeständen. Wenn sie den Fremden bloß den factischen Besitz einräumten, so wäre die nothwendige Consequenz, daß der Römische dominus Eigenthümer bliebe trotz der fremden Erbeutung, und die Sätze, daß der Römische dominus aufhört Eigenthümer zu sein und erst möglicherweise durch postliminium es wieder erlangen kann, wären der Römer unwürdige Inconsequenzen. Sie sagen aber vielmehr, die Sache ist durch die fremde Erbeutung factisch wirklich fremdes Eigenthum geworden (eorum fit)[3]), und dies auf dem naturalen Princip der Occupation ruhende Eigenthum gilt auch *rechtlich* für den Römischen Rechtskreis in soweit, daß dadurch

2) Fr. 5 §. 2 de captiv. 49. 15. — si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt, quod autem ex nostro ad eos pervenit, *illorum fit* et liber homo noster ab eis captus *servus fit eorum.* Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat.

3) Vgl. auch Böcking a. a. O. §. 142. Note 5.

das bisherige dominium ex jure Quiritium vernichtet wird, nur 21
allerdings nicht in soweit rechtlich, daß der naturale fremde Eigenthümer in Rom irgend eine Rechtsfolge aus seinem Eigenthum ableiten könnte. Und ebenso der in die Heimat zurückgelangende Sklave wird wirklich liber, und vernichtet dadurch das bisherige dominium ex jure Quiritium seines Römischen Herrn, aber er erlangt nun keineswegs draußen bei den Seinigen eine libertas ex jure Quiritium. Der Irrthum, in den man durch Reducirung der occupatio bellica auf den Begriff des Nehmens einer res nullius verfallen ist, liegt also darin, daß man mit Versagung Römischen Eigenthumsrechts die Abläugnung des factischen Eigenthumsverhältnisses verwechselt hat, daß man, die Einwirkungen des anerkannten factischen Fremdeigenthums auf den Römischen Rechtskreis übersehend, meint, die Römer müßten eine Sache, die nicht in ihrem heimischen Eigenthumsrecht steht, nothwendig damit für eine res nullius erklären. —

§. 22. In der Zurückführung des Occupationsbegriffs auf 22
den des Nehmens der res nullius steckt aber nach einer anderen Seite hin noch eine Unklarheit. Wenn man bei einem jagdbaren Thiere die Voraussetzung macht, daß es res nullius sei, so heißt das vom Römischen Standpunkt aus, daß die Sache keinem Römer gehört, und überhaupt Niemand daran das Römische Eigenthumsrecht hat. Wenn dann bei der occupatio bellica dieselbe Voraussetzung gemacht wird, so muß das doch wiederum heißen, daß die Sache in Niemandes Römischem Eigenthumsrecht stehe. Aus der Hervorhebung dieses Umstandes, daß kein Anderer das (Römische) Eigenthumsrecht hat, darf nun aber keineswegs gleich der Schluß gezogen werden, daß dem Peregrinen nicht sein factisches Fremdeigenthum zugestanden worden wäre, und daß überhaupt eine Occupation gar nicht denkbar sei, wenn das (einheimische) Recht dem Besiegten

22 an der Sache Eigenthumsrecht einräume. Bei der Jagd sind nur vorausgesetzt ein Occupant, andere unbetheiligte Mitbürger und eine Sache, bei der occupatio bellica werden vorausgesetzt ein Occupant, andere unbetheiligte Mitbürger, eine Sache, und der betheiligte bisherige Eigenthümer. Es ist nun eine unklare Schlußfolgerung, wenn man sagt, weil bei der occupatio des Wildes nur unbetheiligte Mitbürger neben dem Occupanten stehen, und weil bei der Römischen occupatio bellica ebenfalls die Mitbürger unbetheiligt sind, so besteht das Wesen der feindlichen Occupation, da der (einheimische) Rechtssatz dem Occupanten dasjenige Eigenthumsrecht zutheilt, welches er Anderen nicht zugetheilt hat, darin, daß der Occupant eine Sache nimmt, über die der (einheimische) Rechtssatz allen Menschen das Eigenthum abspricht. Es ist also, meint man, mit dem Occupationsbegriff völlig unvereinbar, daß man den besiegten Peregrinen (denen das Römische Eigenthumsrecht allerdings fehlt) das factische Eigenthum (eorum est) zugestehen dürfte, und noch vielmehr unvereinbar, daß man sogar von einem Kampfeserwerb dem Mitbürger gegenüber reden könnte, also einem Besiegten gegenüber, dem der (einheimische) Rechtssatz bisher sogar das Eigenthumsrecht zugestanden hatte. — Wie haben wir nun, das ist die hiermit angedeutete Frage, uns in Wahrheit die Stellung dritter Unbetheiligter wie des besiegten Betheiligten zu dem Occupationsbegriff zu denken?

Ich zeigte oben, wie in dem naturalen Occupationsbegriff wesentlich das Moment einer entgegenstehenden durch Gewalt oder List überwundenen Kraft liegt. Das Bändigen und Siegen giebt das Gefühl, wonach man die Sache als wohlerworben betrachtet. Es liegt also der Begriff der Feindesbeute nicht darin, daß man die vom einheimischen Staat nicht geschützte Sache nur eben auf der Straße findet. Ist es wahre Beute, so muß man sie dem Feinde im Kampf abgerungen haben.

III.

Also das Abringen von einer mir feindlich gegenüberstehenden 22
Macht ist wesentliches Stück des Occupationsbegriffs, und weil es das ist, so stellt sich der, nach der Art des Erwerbes ihr Verhältniß zur Sache sich charakterisirenden, Menschheit das Ansiedlen auf dem Grund und Boden, das Jagen und Fischen, das Erbeuten vom Feind und die Gefangennehmung des Feindes als innerlich (factisch) völlig gleichartig dar. Zerlegen wir uns den Occupationsbegriff in die beiden wesentlichen Stücke der siegenden Macht und der unterworfenen Kraft, so müssen wir damit zugleich zugestehen, daß die Stellung des Occupationsactes zu den umstehenden Verhältnissen unwesentlich ist, und verschiedenartig gestaltet sein kann. Wir können uns die Beziehungen des siegenden Subjects und des unterworfenen Objects nach außen sehr verschieden denken, und finden sie in der That in den verschiedenen Völkern sehr verschieden, ohne daß der die ganze Menschheit durchziehende Begriff des Sacherwerbs durch Occupation damit innerlich alterirt würde. Es ist zunächst ein Zusammenleben der Menschen lediglich nach Familien denkbar (und es kommt in der That vor), in welchem zwischen den einzelnen Familien ein quasi-völkerrechtlicher Zustand vorliegt. Es besteht unter den Familien ein rein factischer Zustand bald des Kriegs bald des Friedens, jede Familie lebt von Jagd, Fischfang, Fehde und Raub, und nur in wechselnder Weise schließen einzelne Familien Verbindungen zu Schutz und Trutz. Der auf Occupation ruhende Erwerb der einzelnen Familie und somit ihr Eigenthum stützt sich noch lediglich auf Schutz der einzelnen Familie oder Familienverbrüderung durch sich selbst. Höhere staatliche Satzung und Rechtsschutz, wenn sich auch immerhin davon schon die Keime finden werden, haben sich doch jedenfalls auf das Eigenthumsverhältniß noch gar nicht erstreckt. Es ist aber auch denkbar, daß in einem Volke (und auch dies kommt in Wirklichkeit vor) staatliche Glie-

22 derung sich allmälig gestaltet, und in manchen Richtungen vollständig erstarken kann, und doch den rein factischen Zustand der in der Occupation ihren Erwerb suchenden Menschen noch ganz unafficirt läßt; daß also die Glieder desselben Staats in ächter Fehde mit einander leben, und daß die aus der Unterwerfung des Besiegten gewonnene Beute (sei es auch nur der Waffen) als wohlerworbenes Eigen gilt[1]). Möglich daß dann aus solchem factischen Zustande sich ein Rechtssatz entwickelt, wonach gewisse Kriegsbeute, vom Mitbürger erkämpft, auch von der Gesammtheit als Eigenthumsrecht anerkannt wird; möglich aber auch, daß gegen solchen quasi-völkerrechtlichen Zustand der Familien gegeneinander allmälig der Gesammtwille des Staats reagirt und ihn unter seine Satzung beugt. Dann also wird durch Rechtssatz festgestellt, daß zwischen Mitbürgern kein Kampf, Knechtung und Beute stattfinden soll; der Eigenthumserwerb durch Occupation, welcher zunächst lediglich ein Product der Kraftentfaltung der Individuen ist, wird in dem zu höherer Gesittung damit aufsteigenden Staate nunmehr rechtlich negirt. Das was bisher in der aggregirten Gesammtheit sich als organisirte Einrichtung gestaltet hatte, wird nun durch den höheren Willen der unirten Gesammtheit zerstört, und was bisher factisch wohlerworbenes Eigenthum (nur nicht Eigenthumsrecht) gewesen war, wird jetzt nach Feststellung dieser Satzung für Unrecht erklärt. Der Rechtssatz hat hier die schöne Aufgabe, wildwüchsige naturale Organisationen, eingelebte aber gemeinschädliche Zustände zum Wohl Aller zu vernichten. Es ist hier eine Wohlthat, daß der Rechtssatz der naturalis ratio entgegentritt.

Solche rechtliche Negirung der occupatio bellica im Kreise der Mitbürger finden wir von Anfang an bei den Römern.

---

1) Roscher V. W. I. §. 41: „Im heidnischen Island konnte man einem Grundbesitzer im Zweikampf sein Land nehmen".

Aber es ist Gewicht darauf zu legen: dies ist rechtliche Beschränkung der naturalen Occupation. Ferner wenn der sich ansiedelnde Staat den Boden insgesammt an sich nimmt, und an die Einzelnen vertheilt, oder wenn der Staat als solcher die Kriegsgefangenen und die Kriegsbeute nimmt, und dann dem Einzelnen zutheilt oder verkauft, so ist das Alles civile Schranke und Gränze[2]), welche dem natural Bestehenden gesetzt wird, und die naturale Occupation bleibt dann nur noch so weit bestehen, als ihr diese rechtlichen Gränzen Raum lassen. Das für uns Wichtige, was hierin liegt, ist das: nicht der Rechtssatz des Staats oder einheimischen Volks erklärt, Alles was keinem einheimischen civis gehört kann der civis in Besitz nehmen; sondern: die Occupation ist ein Product der Erwerbs- und Arbeitskraft der Individuen durch die ganze Menschheit hindurch, und der Rechtssatz geht nur darauf aus, dies schon vor dem Rechte Bestehende auf ein engeres Gebiet zurückzuweisen. So ist es das Schicksal dieser naturalen Organisation des Occupationserwerbes, in der höher steigenden Menschheit durch die Satzungen der einzelnen Völker immer mehr zurückgedrängt zu werden. Doch aber, wo sie noch in dieser und jener Richtung besteht, da lebt dann auch noch immer in ihr das ursprüngliche Princip, aus dem sie emporgewachsen ist, und der Rechtssatz der in gewissen Richtungen die Occupation noch anerkennt und ihr Rechtsschutz verleiht, kann damit das durch andere Kräfte geschaffene Wesen nicht zu einem jetzt erst durch das Recht geschaffenen Dinge machen. Der eigentliche Gehalt der Occupation ist damit gar nicht erklärt, daß man nach den allmälig herzugetretenen Außendingen sagt, es sei die vom Recht gestattete Besitzergreifung einer Sache, die nicht schon ein anderer Bürger

2) Ebenso gut wie der Satz, daß gewisse Sachen in diesem positiven Rechtsgebiete für objectiv unoccupirbar erklärt werden.

22 dieses Rechtskreises in Besitz genommen habe. Occupation ist individuelle Selbstthat, Arbeit des Subjectes, aber die roheste in der Menschheit zuerst auftretende und zum allmäligen Verschwinden bestimmte Arbeit des Subjects. Indem diese auf Kampf ruhende Arbeit dem daraus entstandenen Verhältniß des Subjects zur Sache (dem Eigenthum) nothwendig den Stempel seiner Entstehung aufdrückt, so ist das durch Occupation erworbene Eigenthum immer noch heutzutage seinem eigentlichen inneren Grunde nach ein Selbsterzeugniß des arbeitenden Individuums, nicht eine Gabe der Gesammtheit an das Individuum in Betreff einer Sache, die sie nicht schon einem Anderen zugetheilt hat. Weil die Occupation Kampfesarbeit des Individuums ist, so kann sie nach ihrem naturalen Begriff allenthalben vorkommen, wo Kampf gegen feindliche Kraft ist, also gegen Naturkräfte (und hier wird allerdings eine res nullius vorausgesetzt, denn Angriff auf ein cultivirtes Grundstück oder auf einen schon gefangenen Hirsch ist gar nicht Kampf gegen die Naturkraft sondern gegen einen anderen Menschen), ferner gegen auswärtige feindliche Menschen und deren Gut, und endlich sogar denkbarer Weise [3]) gegen den Genossen des eigenen Volks.

23 §. 23. — b. **Stellung des Occupationsbegriffs im Röm. Recht.** — Ich habe im Bisherigen den naturalen Begriff der Occupation mit den darin liegenden Consequenzen

3) Nicht genügend spricht Pagenstecher Eigenthum II. S. 70. 71 von der Frage, wie der Occupationsbegriff zu der Stellung der Mitbürger untereinander sich verhalte. „Die bellica occupatio ist durchweg abhängig von der Entwicklung der Grundsätze des „öffentlichen Rechts". „Bürgerkrieg eignet sich zur bellica occupatio darum nicht, weil in ihm die Vernichtung des Staats keineswegs Zweck ist". „Auch Privatkrieg, wie Land- und Seeraub kann keine Sklaverei erzeugen. Somit beschränkt sich das Rechtsinstitut der bellica occupatio auf jeden Krieg zwischen Staaten von Staatswegen".

darzulegen versucht. Es bleibt mir noch übrig zu fragen, ob auch die Römer, indem sie die Occupation auf die naturalis ratio zurückführen, diesen Begriff richtig erkannt haben. Ich glaube, daß sich dies vollständig bejahen läßt. Gelänge der Nachweis hiefür aber nicht, so würde das doch unsere Berechtigung und Verpflichtung, selbständig nach dem naturalen Grunde der Occupation zu forschen, nicht beeinträchtigen. Ist unsere bisherige Beweisführung überhaupt richtig, so kann ihr keine Gefahr daher drohen, daß etwa die Römische Anschauung durch Einmischung unrichtiger Elemente von ihr abweicht.

Zunächst sagen die Römer in zahlreichen Stellen, daß was nullius est oder weil es nullius est occupirt werden kann [1]). Das ist ganz dasselbe, als was ich eben im vorigen §. so ausdrückte: es ergeben sich von selbst bei dem Occupationsbegriff verschiedene Klassen: Kampf gegen die Naturkräfte (also die Occupation der res nullius, wobei den Römern nur meist die Ansiedlung unbekannt ist) und Kampf gegen die Feinde, oder (was aber wiederum den Römern unbekannt ist) sogar gegen Volksgenossen. Bei dem Kampfe gegen die Naturkräfte ist ja eben die Voraussetzung, weil die Sache nullius ist (weil man also nicht gegen einen anderen

1) S. z. B. fr. 3 pr. de acq. rer. dom. (41. 1): Quod enim nullius est id ratione naturali *occupanti* conceditur. §. 2 eod.: quum in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit, et rursus *occupantis fit.* fr. 14 pr. eod.: et in nullius adhuc dominium pervenerunt . . . quae simul atque apprehensae sunt sine dubio *eius, in cuius potestatem pervenerunt,* dominii fiunt. fr. 30 §. 4 eod.: quoniam id, quod nullius est, *occupantis fit.* Gai. II. 66: naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae *occupando* ideo nostra fecerimus quia antea nullius essent, qualia sunt omnia quae terra mari coelo capiuntur. §. 69. Ea quoque quae ex hostibus *capiuntur* naturali ratione nostra fiunt. fr. 5 §. 7 de acq. rer. dom.: Item quae ex hostibus capiuntur, jure gentium statim *capientium fiunt.*

23 dominus kämpft) so ist hier ein Kampf gegen die Naturkräfte überhaupt denkbar. Aber die Stellen sagen nicht, die naturalis ratio, um derentwillen man Eigenthümer wird, ist das (natürliche oder durch den Staat erklärte) nullius-Sein der in Besitz genommenen Sache[2]), sondern sie sagen: Eigenthümer wird man bei res nullius und bei Sachen der Feinde *occupando, capiendo; occupanti* conceditur, *capientium* fit. Also es kommt noch weiter darauf an, was die Römer unter dem capere oder occupare verstehen, ob sie darunter lediglich das äußerliche Besitzergreifen sich denken. Nun sagen sie freilich, das Eigenthum entstehe „simul atque apprehensae sunt", und das ist auch vollständig richtig, denn die Besitzergreifung ist immer, wie wir oben sahen, in der Occupation der „Anfangspunkt" des Eigenthums. Damit aber ist noch nicht im Geringsten gesagt, daß sie die naturalis ratio des Eigenthumserwerbes sei. Es kommt vielmehr erst darauf an zu sehen, wie die Römer genauer das capere und occupare erklären, von dem sie sagen: *occupando* nostra facimus. Wenn nun das bloße äußerliche Besitzergreifen (in Verbindung damit, daß der Rechtssatz daran für die res nullius die Eigenthumsgewährung knüpfte) der Grund des Erwerbs wäre, so würde dazu wenig die Römische Erklärung von capere passen, wonach capere nicht jedes bloße Besitzergreifen, sondern das eine gewisse Gewähr der Dauer enthaltende bezeichnen soll[3]). Es paßt dann auch ferner gar nicht die Art, wie die Römer die Occupation der

---

2) So faßt es Puchta a. a. O. §. 241. Note o; s. auch Pagenstecher Eigenthum II. S. 58. 59.

3) Böcking a. a. O. §. 150. Note 4 weist bereits auf das fr. 71 pr. de V. S. hin: aliud est *capere* aliud accipere; capere cum effectu accipitur, accipere est si quis non sic *accepit ut habeat;* ideoque non videtur quis capere, quod est restituturus; sic et pervenisse illud dicitur, quod est remansurum.

res quae nullius sunt und das ex hostibus capere neben einander stellen. Sie sagen nämlich durchaus nicht: Occupation sei das Ergreifen der res nullius, und zwar res nullius seien die Sachen in naturali libertate und die Sachen der Feinde[4]). Die Römischen Juristen stellen vielmehr beide Punkte so zusammen: naturali ratione occupirt man die res nullius, und gleichartig (item, quoque) occupirt man auch naturali ratione von den Feinden (ex hostibus). Ganz in derselben Weise stellt schon Cicero beide Punkte zusammen (de offic. I. 7): Sunt autem privata nulla *natura*, sed aut *veteri occupatione*, ut qui quondam in vacua venerunt[5]), aut *victoria*, ut qui bello potiti sunt. Also der Grund der occupatio bellica ist nicht das nullius-Sein und dessen Besitznahme (daß man in vacua venit) sondern der Grund ist der Kampf und der Sieg. Die occupatio bellica ist die potestas über das, was man „eripere

III. 23

4) Die von Böcking a. a. O. §. 135. Note 5 angeführte Stelle von Gaius II. 40 beweist dies nicht („aut non intelligebatur dominus"). Gaius sagt: im Römischen Rechtskreise (quo jure populus Romanus utebatur) galt früher der Satz, daß man (unusquisque) unter den Römern entweder dominus ex jure Quiritium war, oder an der Sache gar kein Recht hatte, auch nicht einmal das in bonis (non intelligebatur dominus); und gleichartig sei es bei den Peregrinen, wo auch nur unum dominium gelte. Mit dem Satze, daß unter den Römern eine Zeit bestand, wo ein des Quiritischen Eigenthums Fähiger, wenn er nicht dominus ex jure Quiritium war, gar kein Recht an der Sache hatte, will also Gaius durchaus nicht die Frage beantworten, daß die Römer den Peregrinen (wenn sie ihnen gleich das Quiritische Eigenthum versagten) ihr heimisches Eigenthum abgeläugnet und gerade auf dies nullius-Sein der Sachen (Böcking §. 150. Note 17) die Zulassung der Occupation gebaut hätten. S. auch Puchta Curs. d. Inst. II. §. 236 zu Note a.

5) Cicero deutet hiemit wohl vorzugsweise auf die Ansiedlung hin, die als eine wirkliche Bewältigung der Natur (des vacuum) nicht bloß eine vorübergehende Besitzergreifung sondern wesentlich ein längeres Sichfestsetzen auf dem Grund und Boden (vetus occupatio) voraussetzt.

23 *belli ac victoriae lege* potest"[6]), und von dieser occupatio bellica sagt Gaius, daß die Römer sie sich in der festuca als dem Zeichen des Kampfes versinnbildlicht hätten (IV. 16): festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam justi dominii; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent: unde in centumviralibus judiciis hasta proponitur. Puchta hat[7]) dies so verstanden: „Diese Bemerkung sehe von vorn herein einer den römischen Kriegsruhm erhebenden Phrase ähnlicher als einem juristischen Gedanken". Freilich, wer einfach in dem „Nehmen" die ultima ratio des „allgemeinen Rechts" des Eigenthums findet (s. §. 17 Note 3), für den kann die weitere Begründung des Nehmens, daß es das mit Einsetzung der eigenen Persönlichkeit im ehrenvollen Kampf („sanguine parare" §. 19 Note 4) durchgeführte Nehmen sein müsse, nur als ein leerer Aufputz und ein unnützer Flitter der Eitelkeit erscheinen. Die Sache liegt aber völlig anders. Wer bedenkt, daß der Kampf des Menschen und der auf diesen Kampf mit Natur und Mitmenschen sich stützende Erwerb eine ganze erste Culturstufe der Menschheit bildet, daß dieses durch Kampf Erwerben eine sociale Einrichtung ist, die, factisch schon vorhanden, die prima ratio ist, an die sich dann die Rechtssatzung so oder so ansetzt — für den enthält der Satz, daß die Römer *maxime* sua esse credebant was sie durch Kampf erworben, wahrlich keine bloße Phrase. „Nehmen" giebt nicht

6) Cicero in Verr. II. 2. c. 21. §. 50. — Liv. IX. 1. „Res *hostium* (also nicht res nullius) in praeda captas quae *jure belli* (nicht in Folge des Greifens der res nullius, sondern in Folge des Kampfes) *nostrae* videbantur". — Der Begriff der occupatio bellica als naturalen Erwerbsgrundes zieht sich ja überhaupt, als s. g. „Recht des Krieges" (auch ohne Festgestelltsein eines positiven Rechtssatzes) in die völkerrechtlichen und internationalen Verhältnisse hinein.

7) Curs. d. Inst. II. §. 236.

Eigenthum, sondern „kämpfend Nehmen", und so erscheint die 23 hasta als Zeichen des Kampfes den Römern als das charakteristischste signum justi dominii [8]).

Dieser Kampferwerb als Grund des Eigenthums setzt seiner ersten Gestaltung nach Kampf des einzelnen natürlich gegebenen Subjects voraus. Wenn die fortschreitende Entwicklung des Staats den Begriff aufnimmt und die Anwendung desselben genauer ordnet, so liegt darin an sich noch keine Veränderung des Begriffs. Wenn also namentlich bei Völkern, die durch Kriegszug sich andere Wohnsitze erwerben, durch Rechtssatz festgestellt wird, daß Sklaven, Beute der beweglichen Sachen und die eroberten Wohnsitze nicht gleich dem Einzelnen sondern erst insgesammt dem Staat zufallen und der Einzelne erst von diesem sein Recht ableiten soll, so ist damit der naturale Begriff des auf Kampferwerb ruhenden Eigenthumsverhältnisses gar nicht geläugnet, im Gegentheil gerade durch

8) Um Puchta nicht Unrecht zu thun, muß noch besonders hervorgehoben werden, daß er jene Worte in der Richtung auf die speciell historische Frage ausspricht, ob bei den Römern von Anfang die P r i v a t - occupation dominium ex jure Quiritium gegeben habe. Diese Frage hat mit unserer Untersuchung gar nichts zu thun, denn die Römer können von Anfang an die naturale Bedeutung der Occupation richtig erkannt, und doch durch civile Rechtssatzung sie so gestaltet haben, daß für ihr Quiritisches Eigenthum der naturale Begriff nicht genügen sollte, sondern immer noch der Durchgang durch irgend ein civiles Moment erforderlich war. — Doch aber liegt in jenen Puchta'schen Worten auch (und das kommt uns hier in Betracht) die völlige Nichtachtung und Verkennung der der Occupation zum Grunde liegenden naturalis ratio, wie ja überhaupt Puchta von der naturalis ratio, d. h. dem in den menschlichen Lebensverhältnissen a b g e s e h e n von der menschlichen Rechtssatzung sich bildenden Organismus, nur ganz unklare Vorstellungen hat. Schon darin tritt dies hervor, daß sich ihm lediglich der Gegensatz von „Phrase" und „j u r i s t i s c h e m Gedanken" darbietet. Die naturalis ratio ist so wenig gleich ein juristischer Gedanke, wie eine Phrase.

23 die positive Rechtssatzung sanctionirt, und nur von dem zunächst natürlich gegebenen Subject auf das künstliche Subject des Staats transferirt[9]). Das Resultat ist dann freilich, daß nun in diesem Rechtskreise in den angegebenen Gränzen die naturale Gestaltung der Occupation dem Einzelnen nicht mehr zugänglich ist. Auch angenommen, es würde die Einzeloccupation auf diese Weise ganz verdrängt, und festgestellt, daß das durch Einzelkampf aus der naturalis libertas Erworbene immer zunächst ins Eigenthum des Staats oder nur in das factische Haben des Einzelnen fallen und erst von da durch Uebertragung resp. Ersitzung in das Eigenthum des Einzelnen gelangen soll, — so würde damit doch nie der Satz verdrängt, daß Einzeloccupation die ursprünglichste materielle Grundlage des Eigenthums**verhältnisses** ist. — Gebrauchen wir nun einmal für dies Eigenthums**verhältniß** [d. h. nicht das auf beliebigem Willen ruhende äußerliche Besitzen, sondern das auf materiellem Grunde des zum Siege durchgedrungenen Kampfes, das „accipere ut habeat", vergl. Note 3] den Ausdruck: Besitz, possessio, so wird man uns doch wohl nicht tadelnd sagen können, daß wir mit letzterem Wort im Gegensatz zu dem meist im Sinn des Eigenthums**rechts** gebrauchten Worte dominium das factische Verhältniß des materiell-Erworbenhabens unpassend bezeichneten. Wir können dann also uns so ausdrücken: dem Eigenthums**rechte** geht immer schon voraus das factische Eigenthums**verhältniß** oder das auf einen materiellen Erwerbgrund z. B. auf Kampf gestützte Besitzen der Sache. In dem Begriffe dieses materiell-fundirten Besitzes (der sich genau scheidet von dem auf beliebigem äußerlichen animus ruhenden

9) So der Römische occupatorius ager. s. Gromatici veteres ed. Lachm. 1848. p. 115 „quod *occupatus* est a *victore* populo territis exinde fugatisque hostibus. p. 138 „quibus *victor* populus *occupando* nomen dedit". Böcking Pand. I. Anh. VIII. Not. 4.

Besitzen) haben wir schon vollständig als ein zunächst in der Menschheit factisch bestehendes Verhältniß das vor uns, was dann nach der anerkennenden Satzung der Völker Eigenthumsrecht heißt. Wir haben hiemit einen Satz ausgesprochen, den auch ein Römischer Jurist in einer vielfach mißverstandenen Stelle ausspricht, einer Stelle, die das vollkommen richtige Verständniß des Occupationsbegriffs bekundet [10]). Der Jurist sagt nicht: aus dem beliebigen factischen Haben mit bloßem animus domini (formellem oder äußerlichem Besitz) sei der Eigenthumsbegriff hervorgegangen, sondern er sagt: es giebt einen Besitz, der auf materiellem Grunde ruht und dahin gehört der auf Occupation ruhende Besitz [er hätte noch genauer sagen können: es giebt einen Besitz, der überhaupt auf einem durch die naturalis ratio gegebenen Erwerbe ruht]. Aus solchem naturalen Besitzverhältniß ist das Eigenthumsrecht entstanden, und das zeigt sich noch gegenwärtig darin, daß in solchen Fällen sogleich mit der Besitzergreifung uns das Eigenthum erworben wird. —

Ich habe hiemit gezeigt, daß die Römer die occupatio bellica durchaus nicht unter den Begriff des Besitzerfassens der res nullius bringen, sondern sie (coordinirt dem capere der res nullius) vollkommen richtig aus dem Erwerb durch Kampf erklären. Daß sie nun aber auch das capere der res nullius keineswegs aus dem Grunde des durch Rechtssatz gestatteten Be-

---

10) fr. 1 §. 1 de acq. vel am. poss. 41. 2: Dominium rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait, eiusque rei vestigium remanere in *his*, *quae terra mari coeloque capiuntur;* nam haec protinus eorum fieri, qui primi possessionem eorum apprehenderint. Item *bello capta* etc. S. auch fr. 3 §. 21 eod.: Genera *possessionum* tot sunt quot et causae acquirendi eius, quod nostrum non est . . . . . . *pro suo* sicut in his *quae terra mari coeloque* vel *ex hostibus* capimus.

23 sitzerfassens von Sachen, die nicht schon im Recht eines Anderen stehen, erklären, beweist sich vollständig aus der innerlich ganz gleichartigen Behandlung, die sie dem in servitutem Deduciren der Feinde, dem Erbeuten feindlicher Sachen, dem Einfangen der Thiere aus der naturalis libertas, und dem Gewinnen von Land, Fischen oder Gestein aus dem natürlichen Bereich des Meeres zu Theil werden lassen (s. §. 19 Note 2). Alles zusammen ist ihnen ein Kampf des Menschen gegen die naturalis libertas, sie erkennen an, daß zunächst durch die Besitzergreifung der Sieg des Menschen zwar entschieden ist, also von da an das Eigenthum datirt, daß aber das Eigenthum nicht auf der Besitzergreifung sondern auf dem Kampfe und dem Fortbestehen des Sieges beruht. Also die nothwendige Consequenz dieser ratio des Eigenthums ist der Verlust des Eigenthums, wenn die besiegte Kraft wieder in ihre natürliche Freiheit zurücktritt[11]). —

Daß die Römer die eigentliche naturalis ratio, auf der die Occupation ruht, vollständig erkannt haben, scheint mir hiemit bewiesen, und durch solche aus dem Princip gezogene Consequenzen weit sicherer bewiesen, als durch irgend eine theoretische Exposition in einer zufällig uns aufbewahrten Stelle eines Römischen Juristen.

24 §. 24. — c. **Positivrechtliche Ausdehnungen des Occupationsbegriffs.** — Das naturale Occupationsprincip ist in den voraufstehenden §§. 17—23 vollständig entwickelt. Es wird noch nöthig sein, umgekehrt auf verschiedene

11) S. z. B. fr. 55 de acq. rer. dom. 41. 1: — praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, au *diutius luctando* expediturus se fuerit? Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenerit, *meus factus* sit; sin autem aprum meum factum *in suam naturalem laxitatem* dimisisses, eoque facto *meus esse* desiisset etc.

Gestaltungen in der Römischen Occupationslehre einzugehen, die außerhalb jenes naturalen Princips liegen; Punkte also, die als positive Bestimmungen mehr oder weniger naheliegend sich an das naturali ratione Gegebene anreihen, um so sorgfältiger aber doch von diesem Letzteren begrifflich geschieden werden müssen.

Wir haben gesehen, der ursprüngliche Grund des Eigenthums ist subjective That, aber nicht das beliebige arbitrium des nach der Sache greifenden Menschen, sondern das Erarbeiten der Sache durch Kampf. Zunächst findet das Eigenthum seine „Rechtfertigung" in den Individuen als solchen; es findet sie dadurch, daß die Individuen nach dem Bedürfniß des Unterhalts und der Thätigkeit sich aus sich selbst heraus ohne weiter erst nach Anderen zu fragen dieser Arbeitsweise hingeben, und daß so die Summe der Individuen, jedes aus sich selbst heraus, eine auf solche nährende Arbeit sich stützende Lebensweise führt. Fände nicht so diese in der Summe der Individuen festgestellte Lebensweise, dieser factisch gegebene sociale Organismus seine „Rechtfertigung" schon in jedem einzelnen arbeitenden kämpfenden Individuum als solchem, so würde er sie auch nimmermehr in dem Gesammtwillen des Volks erlangen (vergl. oben §. 3 hinter Note 6). Existirte nicht zunächst die naturalis ratio des Eigenthumsverhältnisses in den Individuen und der aggregirten Gesammtheit, so würde nie die Occupation als Entstehungsgrund des Eigenthumsrechts zu einem Rechtsgedanken oder „juristischen Gedanken" (s. §. 23 Note 8) werden, der als jus gentium seinen Zug über die ganze Welt macht.

Je wichtiger es also für das wissenschaftliche Verständniß des Eigenthumsrechts ist, den vollen Gehalt dieses zum Grunde liegenden Princips zu erkennen, um so behutsamer muß man sich von der Tendenz freimachen, das naturale Princip in Allem

24 finden, und Dinge aus ihm erklären zu wollen, die darüber hinaus liegen. Das Bereich der Natursätze hat seine ganz selbständige Stellung, aber nicht minder hat eine solche auch das Reich des Rechtes, das nun in Anknüpfung an jene erwächst, und fort und fort sich entwickelnd die Geschlechter der Menschen durchzieht. Es ist mit Recht schon von Dernburg [1]) das völlig principlose Verfahren getadelt worden, in welches man mit der Benutzung des Occupationsbegriffs gerathen ist; „nichts ist verderblicher für die Lehre des Eigenthums geworden, und hat zu mehr falschen Consequenzen geführt, als der Irrthum die verschiedenartigsten Erwerbsarten unter den Gesichtspunkt der Occupation zu bringen". Aber so lange man mit Dernburg unter der naturalis ratio „die sehr natürliche Ansicht des [einzelnen?] Volks", (a. a. O. S. 144) oder die „Fülle einer naturwüchsigen Rechtsentwicklung", die „auf dem natürlichen Billigkeitsgefühl und dem practischen Verstande beruht", versteht [2]) — so lange wird es nicht möglich sein, das eigentliche naturale Princip, welches in der Occupation steckt, zu erkennen, und danach durch principiellen Nachweis zu zeigen, was innerhalb und was außerhalb des naturalen Occupationsbegriffs liegt. — Es wird zweckmäßig sein, bevor ich im Folgenden dies Letztere, den ausscheidenden Nachweis, versuche, demselben einige allgemeinere Bemerkungen vorauszuschicken, die sich an das anknüpfen, was ich bereits im ersten Heft dieser Studien §. 24 bemerkt habe.

Daß der Mensch arbeiten muß, um in Folge der ihn umgebenden Bedürfnisse zu leben, das ist ein dem Menschen von vorn herein aufgelegtes Naturgesetz. Aber auch wie die Menschheit anfängt zu arbeiten, ist nicht Etwas, worüber die

1) Heidelberger Krit. Zeitschr. I. S. 146.

2) S. auch Pagenstecher Eigenthum II. S. 58 „natürliches Rechtsgefühl".

Völker sich erst Satzungen gaben, um nach Feststellung dieser Satzungen die Arbeit zu beginnen. Vielmehr erzeugt das Bedürfniß unmittelbar für die Individuen die Arbeit, und als erste Arbeit den Kampf, das Product aber, gleichsam der Niederschlag, der Kampfesarbeit in der Hand der Individuen ist der Eigenthumsbegriff, und nun erst schließlich das Product des in der aggregirten Gesammtheit organisirten factischen Eigenthumsverhältnisses (oder materiellen Besitzes) ist das unter den Schutz der Volksgesammtheiten gestellte nationalisirte Eigenthumsrecht. Hiernach ist die Arbeit und ihr Product, das Eigenthumsverhältniß, ein der Menschheit objectiv Gegebenes, ein Theil des Weltorganismus, ein Stück der ganzen (körperlich-geistigen) Physis oder Natur der menschlichen Verhältnisse. 24

Man kann nicht sagen, daß es auf der freien Entschließung des Individuums ruhe, ob es arbeiten wolle. Es muß arbeiten, auch wenn es nicht wollte, um existiren zu können. Die Arbeit also ist für das Individuum ein naturale, nicht ein voluntarium. Es ist mit der Arbeit wie mit der Sprache; Beides ist ein nach höheren Gründen aus dem Menschen Hervordringendes, nicht eine Sache seines arbitrium (vergl. §. 5). Der menschliche Wille kann sehr viel auf die Gestaltung der Sprache wie der Arbeit (wie er spricht und arbeitet, nicht ob er spricht und arbeitet) einwirken, aber er macht sie nicht in einer Weise, daß er dies sein Thun auch unterlassen könnte. Eben weil aber die Arbeit das Product einer höheren Nothwendigkeit ist, so erscheint nun auch von vorn herein dem Menschen das, was er sich durch Arbeit gewonnen hat, als ein materiell fundirtes Haben, als ein aus sich selbst heraus gerechtfertigter wohlerworbener Besitz. Die Arbeit also, das durch „Dienst" und Mühe Erlangte, ist die materielle causa des Besitzens; was ich durch Arbeit erworben habe, sehe ich als

24 „verdient", als „mein" an, und das auf Arbeit gegründete Haben der Sachen ist eben der *naturale* Begriff des Eigenthumsverhältnisses.

Ganz anders dagegen steht das, was sich auf Nichts stützt, als die reine nackte voluntas des nach seinem arbitrium handelnden Individuums. Betrachten wir dies hier lediglich in Betreff der Stellung des Subjects zu den körperlichen Sachen. Was ich von Sachen greife, die schon ein neben mir stehendes Individuum hat, und was ich doch auch nicht mit Einsetzung meiner eigenen Persönlichkeit im Kampfe der Kraft (oder der List) gegenüber feindlichen Gewalten erringe, das habe ich noch nicht wahrhaft und definitiv mit mir verknüpft. Man kann wohl sagen, ich besitze es äußerlich, aber das materielle, Subject und Object substantiell verbindende Eigenthumsverhältniß ist factisch noch gar nicht eingetreten. Die Sache erscheint hier schon factisch nur als *formell besessen* nicht als *materiell erworben*. Aber es giebt dazwischen noch einen Mittelbegriff, der sich schon rein factisch nach der Natur der menschlichen Thätigkeit genau von diesen beiden Begriffen scheidet. Es ist möglich, daß uns eine zu überwindende feindliche Gewalt gar nicht gegenüber steht, und daß wir in der Lage sind eine Sache völlig mühelos und ohne alle Arbeit zu ergreifen, die dem Menschen gewöhnlich nur durch Arbeit zu Theil wird. Die Muschel die uns das Meer ans Ufer rollt, den Vogel der uns vom Baume todt vor die Füße fällt, die Waffe des Feindes die er bei uns verloren hat, den zufällig bei uns sich aufhaltenden schlafenden Feind selbst oder den Körper und Schädel des vor unseren Augen sich erstechenden Feindes, — wie haben wir *factisch* solche ohne alle Arbeit von uns ergriffene Sachen?

Es kann nicht geläugnet werden, daß hier wo die in der Arbeit liegende materielle Fundirung des Habens fehlt, eben lediglich die verkörperte voluntas in Betreff der Sache vorliegt.

Welches Verhältniß zur Sache entsteht nun auf Grundlage dieses rein voluntaren Actes? Wenn wir uns hüten, Dinge hier hineinzutragen die nicht darin liegen, so werden wir sagen müssen: es ist freilich ein factischer Zustand, wonach voraussichtlich nicht ein Anderer auftreten und die Sache als von ihm erarbeitete als die „seinige" mit eigener und seiner Freunde Kraft zurückfordern und zurückerringen wird, denn die Sache ist Niemandem weggenommen; aber andererseits steht doch immer fest, daß es rein voluntares, nicht auf naturalis ratio ruhendes Haben ist. Der Habende hat also bei sich selbst von diesem Haben einen anderen Begriff als von dem durch Kampfesarbeit errungenen. Er kann nicht sagen: ich habe weil ich es verdient habe, sondern: ich habe weil es mir zugefallen gleichsam geschenkt ist. — Freilich kann man nun sagen, wenn ich als wohlerworben, als „mein" betrachte, was ich dem Meer als abgedämmtes Land, als aus dem Wasser gefischte Sache mit Mühe abgerungen, ferner was ich dem Feinde nach dessen Besiegung abgezogen, so muß doch auch in dem maius das minus liegen. Ich muß also auch als „mein" betrachten können, was mir die antreibende Welle, das todte Thier, der todte Feind u. s. w. zum mühelosen Aufgreifen vor die Füße legt. Aber beachten wir wohl: man gelangt zu diesem Resultat doch nur erst durch eine subjective Schlußfolgerung aus dem zunächst Gegebenen[3]).

Wir können dies auch so ausdrücken: das lediglich voluntare Haben liegt außerhalb des naturalen Occupationsbegriffs. Soll nun aber jenes diesem gleichgestellt werden, so

3) Wie man auch diese subjective Schlußfolgerung bezeichnen möge: „naturalis aequitas, natürliches Billigkeitsgefühl, practischen Verstand, natürliche Volksansicht", oder auch „Schlußfolgerung aus der naturalis ratio", es bleibt doch immer etwas von der naturalis ratio selbst Getrenntes.

24 bedarf es dazu, da dies von innen heraus und durch die bloße voluntas des Individuums nun einmal nicht möglich ist, eines besonderen Grundes von außen her, und dies kann nur der Gesammtwille, die Rechtssatzung, sein. Wenn nun also der Rechtssatz im einzelnen Volke sagt, es soll in diesen Fällen, wie bei wirklich durch Kampf occupirten Sachen, das Eigenthum dem Besitzergreifer zustehen [4]), so haben wir als verleihenden Grund des Eigenthums doch in der That den Rechtssatz zu betrachten, d. h. wir haben den Begriff einer (nur an gewisse factische Voraussetzungen sich anknüpfenden) civilen Satzung vor uns. Der Rechtssatz sagt nämlich: b soll gleich a sein; das a hat der Rechtssatz nicht gemacht, aber indem er b zu a auf gleiche Stufe hebt, so ist er die eigentliche verursachende causa des b. Mögen wir dabei noch so sehr sagen, daß b schon von vorn herein dem a sehr ähnlich ist, daß also „natürliche Billigkeit“ für die Zusammenstellung spricht, da wir doch nie sagen können daß es wirklich a ist, so ist nicht die factische Beschaffenheit von b, sondern die juristische Anfügung des b an das a der Grund des Eigenthumsrechts.

25 §. 25. Der Begriff, den wir eben von dem naturalen Occupationsbegriff geschieden haben, ist das Finden. Er liegt allerdings jenem sehr nahe. Es ist Sache des positiven Rechts, wenn es überhaupt den naturalen Occupationsbegriff ganz oder in gewissen Gränzen (s. §. 23 hinter Note 8) anerkennt, nicht etwa lediglich starr an dem natural Gegebenen

---

4) fr. 12 pr. de captiv. 49. 15: in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, *eorum servi efficiuntur,* apud quos jam hostes *suo facto* [nicht: fato] deprehenduntur. fr. 51 §. 1 de acq. rer. dom. 41. 1: et quae res hostiles *apud nos* sunt, non publicae sed occupantium fiunt. fr. 1 §. 1 de acq. poss.: et insula in mari enata et gemmae lapilli margaritae in litoribus *inventae* eius fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.

III.
25

festzuhalten, sondern umgekehrt die mannigfachen Fälle und Gestaltungen des Lebens in nächstliegender Weise an die Principien anzuknüpfen, die das Recht als im Organismus der menschlichen Gesellschaft gegebene bereits vorfindet. So kann sich in immer weiterer Anknüpfung die positive Rechtssatzung von einer Bestimmung, die noch ganz als Schlußfolgerung aus der naturalis ratio und also im weiteren Sinn selbst als naturalis ratio behandelt werden darf[1]), bis zu Anordnungen versteigen, die mit dem naturalen Grundprincipe in sich selbst gar nichts mehr zu thun haben und mit demselben nur durch die dazwischen liegende Kette anderer Rechtssätze in Verbindung treten. So wenn der Rechtssatz das Finden derjenigen Sachen zugelassen hat, die gewöhnlich der eigentlichen Occupation unterworfen sind, wird er dann auch leicht das Finden solcher Sachen als Eigenthumserwerb anerkennen, welche ein Mitbürger im Ueberdruß des Habens erweislich weggeworfen hat[2]). An sich kann das Finden solcher Sachen nur das sein, was es factisch ist, nämlich das Haben der Sache (possessio)[3]), aus dem dann vielleicht anderweite positive Rechts-

1) So heißt es im §. 18 I. de rer. divis. 2. 1 (freilich in doppelter Weise ungenau und nicht wahrhaft zu billigen): item lapilli et gemmae et cetera, quae in litore inveniuntur, *jure naturali* statim inventoris fiunt. (aus Florentin fr. 3 de rer. div. 1. 8) vgl. im Gegensatz Gai. II. 66—69 und fr. 1—7 pr. de acq. rer. dom. 41. 1. Gaius in den res quotidianae spricht überhaupt nur davon, daß naturali ratione *animalia* terra mari coelo capiuntur, und daß ebenso naturali ratione das ex hostibus capere stattfinde. In den Institutionen sagt er *omnia* quae terra mari coelo capiuntur, spricht aber doch auch nur von den animalia.

2) fr. 1 pro derel. 41. 7: si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et *occupantis fit*.

3) Am ager kommt dies bloße Haben der Sache bei den Römern auch als reine possessio vor, indem der Einzelne das vom Staat eroberte Land „ut quisque occupaverat possidebat“ (agri occupatorii in diesem S. s.

25 satzung (die Ersitzung) das wirkliche Eigenthumsrecht nach längerem Zeitablauf abzuleiten gestattet. Gesteht aber der Rechtssatz dem Finder derelinquirter Sachen unmittelbar mit dem Acte der Besitzergreifung das Eigenthumsrecht zu, so haben wir einen Eigenthumserwerb vor uns, der schon gar nicht mehr als Consequenz der naturalis ratio betrachtet werden kann, denn die naturale Occupation ist dem Mitbürger gegenüber positivrechtlich ausgeschlossen. Was also der Mitbürger weggeworfen[4]) und was ich dann ergreife, kann nicht auf das naturale Princip des Kampf-Erwerbes d. h. des feindlich Jemandem Abgewinnens reducirt werden, so wenig es andererseits auch schon unter ein ferneres Naturalprincip (auf das wir unten gelangen werden), nämlich das des rein derivativen Erwerbs, zu bringen ist. Man darf nämlich keineswegs, wenn man nicht dem factischen Gehalte der Thatsachen Gewalt anthun will, das Wegwerfen des Derelinquenten nun umgekehrt als den Willen der Uebergabe an den Finder interpretiren[5]). Will man daher rein dogmatisch das Finden derelinquirter Sachen nach seinem factischen wie rechtlichen Fundamente richtig analysiren, so muß man sagen, daß es weder natural-occupativ

---

§. 23 Note 9), aber so daß eine Einziehung des Grundstücks immer möglich war. Böcking Pand. I. Anhang VIII. Not. 64 ff.

4) Die civile Gestaltung des Eigenthumsrechts kann übrigens bei einem Volke auch dahin kommen, daß durch das bloß naturale Factum des Wegwerfens mit animus derelinquendi das Eigenthumsrecht gar noch nicht verloren geht, oder daß andererseits die weggeworfene Sache an den Staat fällt. s. über Letzteres Stein Unters. üb. Entw. u. Frtb. des Deutsch. Sachenr. I. 49.

5) Anders schon, wie Böcking richtig bemerkt (Pand. II. §. 153. Note 8), beim jactus missilium, der neben dem negativen Momente des auf das Aufhören des Eigenthums gerichteten Willens schon das positiv-translative Moment factisch in sich enthält, also in ganz andere Gesichtspunkte hinüberschlägt. Pagenstecher Eigenthum II. S. 203.

noch natural-derivativ ist, sondern daß es gar nicht aus einem naturalen Princip sich erklärt. Es ist vielmehr auf ein rein voluntares Factum gebaut, und das was lediglich voluntarium ist kann an sich nie Grund (ratio) des Eigenthums sein, wofern nicht das Bestehen des dieses Factum für genügend erklärenden Rechtssatzes (also eine civilis ratio) vorausgesetzt wird [6]. —

Wiederum einen Schritt weiter liegt sodann der Fall des Findens eines Schatzes. In Bezug auf ihn erklärt sich Dernburg gegen alle Zusammenstellung mit der Occupation (a. a. O. S. 148): „wie die Specification wird auch das Finden eines Schatzes regelmäßig in das Procrustesbett der Occupation geworfen. Allein der Gesichtspunkt der Occupation paßt weder auf den Erwerb des Finders noch auf den Erwerb des Eigenthümers des Bodens". Das ist (wir sprechen hier bloß vom Finder) doch zu weit gegangen, auch wenn wir Dernburg den Satz zugeben können, daß die Gesetze dem Schatzfinder den Eigenthumserwerb zusprechen, selbst wenn ihm der animus sibi

6) Wenn nichts destoweniger das Finden derelinquirter Sachen bei den Römern mehrfach ganz entschieden unter den Gesichtspunkt des Tradirens an den Finder gebracht wird [s. §. 47. I. de rer. div. 2. 1. „*qua ratione* verius esse videtur", welche ratio mit dem Voraufgehenden zu combiniren ist; fr. 5 §. 1 pro derel. 41. 7. „easque quum quis pro derelicto habeat, simul intelligitur voluisse alicuius fieri"], so glaube ich schon an anderem Orte nachgewiesen zu haben, daß diese (dogmatisch gezwungene und unrichtige) Auffassung aus historischen Gründen zu erklären ist. Meine bon. poss. I. S. 257—259. — Pagenstecher versucht eine dogmatische Erklärung. In der Dereliction soll nur das Negative nämlich das Aufgeben des Eigenthums liegen (so daß schon „das Rechtsgesetz an und für sich allein" den Erwerb des Occupanten vermittelt) und doch soll sie auch „den Willen enthalten, der Aneignende solle Eigenthum haben". Es ist aber eben gezwungen, außer jenem „nur Negativen" diesen „Willen" hineinzuinterpretiren, der da, wo die Dereliction rein auftritt, factisch nicht in ihr liegt.

25 possidendi fehlte [7]). Der Irrthum liegt darin daß man die Frage, was zur Occupation gehöre oder nicht, lediglich danach bemißt, ob eine Besitzergreifung mit animus an einer res nullius stattfindet. Da aber dies Letztere keineswegs das naturale Wesen der Occupation ist, so entscheidet eine Abweichung hievon noch nicht, ob ein Fall von der Occupation dogmatisch ganz zu trennen sei oder nicht. Die Sache liegt hier vielmehr folgendermaßen.

Wir haben beim Schatz freilich kein Factum des Aufhörens des bisherigen Eigenthums durch den Willen des Eigenthümers. Aber es liegt ein Zustand vor, der bei der völligen Unerkennbarkeit des früheren Eigenthümers der Dereliction des dominus seiner factischen Bedeutung nach gleichgestellt werden kann. Es wäre eine ganz willkürliche Voraussetzung anzunehmen, daß lediglich durch Willensact des dominus sein Recht aufhören könne. So gut wie es getilgt werden kann durch factischen objectiven Sachuntergang [8]), so muß es auch getilgt werden durch den factischen Subjects-Untergang, d. h. wenn es absolut unmöglich ist, den vergrabenden Eigenthümer (oder seine Successoren) wieder ausfindig zu machen. Es ist also ganz richtige facti interpretatio, daß die Römer geradezu annehmen, das Eigenthum ist verloren, und die Sache ist eine res nullius („ut

7) S. auch Arndts Pand. §. 154. Note 4.

8) Ist doch sogar eine Sache die ins Meer fällt, unter der Voraussetzung daß sie durchaus nicht wieder heraufgeholt werden kann, gleich mit dem Moment des Hineinfallens aus dem Eigenthum getreten; während allerdings die wieder heraufgeholte Sache als nie aus dem Eigenthum herausgetreten betrachtet wird. fr. 13. pr. de acq. poss. 41. 2. „an dominium *in integro* fuerit per id tempus quo erant mersi? Ego *dominium me retinere* puto, possessionem non puto". — Etwas zu weit geht wohl Böcking, der in diesem letzteren Falle ein „wiedererstandenes" Eigenthum annimmt. Pand. II. §. 155. g. h.

jam dominum non habeat" . . . „quod non sit alterius") [9]. In soweit steht nun also das Finden des Schatzes dem terra mari coelo capere und dem Finden der derelinquirten Sache gleich, daß eine res nullius vorliegt. Aber dabei bleibt die Frage, was denn bei diesem „Nehmen" des Schatzes der eigentliche Grund des Eigenthumserwerbes ist, noch ganz unbeantwortet. Vollkommen zutreffend beantwortet diese Frage Böcking (II. §. 142 n.): „die Erwerbung des Schatzes gehört zwar an sich als auf positive Vorschrift des römischen jus civile gestützte zu den civilen Erwerbungen, sie ist als solche Besitzergreifung, welche zufolge Staatsanerkennung, aber hier vorausgehender, Eigenthum begründet; ihrem Wesen nach aber schließt sich die Erwerbung des Thesaurus der Occupation an, weßhalb wir sie bei den naturalen Erwerbsarten darstellen".

Der Grund des Schatzfindens als Eigenthumserwerb ist nicht die objectiv gegebene naturalis ratio der Occupation, sondern ist subjective Schlußfolgerung (s. §. 24 Note 1—5), der zufolge der „vergleichende" menschliche Verstand findet, daß die eigentliche naturale Occupation, dann das Finden der Occupationsgegenstände, dann das Finden der derelinquirten Sachen, dann das Finden des Schatzes als eine Kette nahe aneinander liegender Begriffe erscheint. Dieses Vergleichen der Begriffe (aequitas) kann jeder Nachdenkende vollführen, aber damit steht das Gleichsein noch nicht objectiv fest, vielmehr daß neben dem naturalen Punkte a (der schon Eigenthum war, ehe er Eigenthumsrecht wurde) nun auch die nicht naturalen Punkte b, c und d Eigenthumsrecht gewähren sollen, das kann sich lediglich auf eine die naturalis aequitas anerkennende positive Rechtssatzung stützen [10]. Nichts aber ist

9) fr. 31 §. 1 de acq. rer. dom. 41. 1.

10) §. 30. I. de rer. div. 2. 1: Thesauros quos quisque in suo loco *invenerit*, divus Hadrianus, *naturalem aequitatem* secutus, ei *concessit*, qui invenerit. etc.

25 für die dogmatische Erkennung der wirklichen Gründe des Bestehenden verderblicher, als wenn man nun die Producte der naturalis aequitas mit der naturalis ratio verwechselt. Indem Böcking diesen Gegensatz der naturalis aequitas im Schatzerwerbe gegenüber dem Occupationsgebiete richtig erkannt hat, ist er nur da stehen geblieben, wo man gar nicht stehen bleiben kann. Das was Böcking als das naturale Occupationsgebiet hinstellt, ist noch viel zu weit, der wirkliche naturale Kern ist ein viel kleinerer.

Hat man aber diesen erst erkannt, und damit den Anhaltspunkt für die richtige Begründung der einzelnen Sätze, so ist es im Uebrigen vollständig zulässig, die eigentlich naturale Occupation und die nach naturalis aequitas durch positive Rechtssatzung des einzelnen Volks daran angeknüpften Sätze als eine einzige Lehre der Occupation im weiteren Sinn zusammenzustellen. Als allgemein alle einzelnen Fälle verbindenden Gesichtspunkt hat man dann auch hervorzuheben, daß hier gleichmäßig (an res nullius oder an Sachen von Eigenthümern, die das Inland r e c h t l i c h nicht anerkennt) im Moment der Besitzergreifung das Eigenthum erworben werde. Aber der Fehler der hiebei untergelaufen und zur jetzt herrschenden Ansicht geworden ist (s. z. B. die Darstellung Puchtas oben §. 17 Note 3) liegt darin, daß man aus dieser Zusammenstellung äußerlich gleicher Momente das innere Princip (die naturalis ratio) gemacht hat, womit man die eigentliche Begründung dieser Lehre gegeben zu haben meint.

IV.

Die Production.

§. 26. — a. **Begriff der Production.** — Wir haben jetzt den ursprünglichen Grund des Eigenthums kennen lernen. Das Eigenthum ist nicht erst ein Product des Gesammtwillens der Völker sondern sein Grund liegt tiefer. Der Grund des Eigenthums ist in seinem ersten Anfange die Kampfesarbeit des Menschen gegen Naturkräfte und Nebenmenschen. Dieser älteste Grund ist in den späteren Rechtsentwicklungen der Völker häufig nur noch in einigen Ueberresten rein vorhanden. IV. 26

Prüfen wir jetzt die Weiterentwicklung der Entstehungsgründe des Eigenthums.

Es ist dem Menschen nicht gegeben aus Nichts zu schaffen, wohl aber mit dem zunächst ihm Gegebenen weiter zu schaffen. Der Mensch m u ß arbeiten. Dies Müssen ist keineswegs bloß zu erklären aus dem niedrigen materiellen Bedürfniß, daß er für seine physische Existenz zu sorgen hat. Das Müssen ist viel mehr noch ein geistiges. Es steckt der geistige Trieb nach Arbeit im Menschen, Arbeit ist Selbstentfaltung [1]), und die nächste

---

1) Schelling Vorl. üb. die Methode des academ. Studiums (1803). „Nur durch dieses göttliche Vermögen der Production ist man wahrer Mensch, ohne dasselbe nur eine leidlich klug eingerichtete Maschine". Vgl. auch die erste Beilage §. IV. bei Note 2.

26 Arbeit der Menschheit, nachdem sie sich erst roh die Naturkräfte unterworfen hat, ist die weiter mit diesem errungenen Gut fortwirthschaftende Arbeit. Die Ablagerung aber der mit den physischen Dingen vorgenommenen menschlichen Arbeit ist wiederum Eigenthum. Factisch neue Gestalten der Arbeit werden dadurch zu neuen Entstehungsgründen des Eigenthums [2]). Die physische Arbeit, wie sie sich auf Grundlage zunächst schon vorliegender Materie in der Menschheit in selbständigen Culturepochen mit Naturnothwendigkeit entwickelt, ist im Einzelnen sehr verschieden, vorzugsweise aber theilt sie sich in zwei Punkte: die Fruchterzielung aus dem bebauten Grund und Boden sowie den cultivirten Thiersorten, und die Fabrikation, indem der Mensch durch Handwerk und Maschinerie der verschiedensten Art bauend gestaltend theilend zusammenfügend neue Dinge für die Bedürfnisse seines Lebens schafft. Indem der ganze Mensch auf Arbeit hingewiesen ist, indem die Arbeit des Menschen den Menschen selbst umändert und höher hebt, so bekommt auch das gesammte in gewisser Richtung arbeitende Volk dadurch einen besonderen Typus und Charakter. Die Culturepoche der Menschheit, in die das einzelne Volk durch Betrieb der erwähnten Arbeitsarten eintritt, bezeichnet man vorzugsweise nach der einen derselben, indem man solche Völker ackerbautreibende nennt. Wo Ackerbau sich entwickelt und zur eigentlichen Grundthätigkeit des Volkes wird, da geht auch gleichen Schrittes stets das Handwerk und die Fabrikation zu selbständigerer Bedeutung vor. Erst aber müssen sich wieder in einem Volke die Lebensverhältnisse nach solcher Arbeitsweise organisirt, es muß auf Grundlage dieser Arbeit sich eine bestimmte Lebensweise im Volke festgestellt haben, ehe über-

2) Geistige Arbeit tritt erst später in der Menschheit als selbständige Production auf, erzeugt dann aber auch Verhältnisse, die von der auf die körperlichen Sachen gerichteten Arbeit schon factisch völlig getrennt sind.

 IV.

haupt das physische Product dieser Arbeit sich als etwas Selbständiges abscheidet, und in den Individuen sich der Gedanke bilden kann, daß hier eine Sorte von producirten Gütern vorliegt, deren Erwerbsgrund ein anderer ist als der ursprüngliche Occupationsbegriff. Hat sich die Arbeit organisirt, so zaudert dann auch der menschliche Gedanke selten lange, über den verursachenden Grund dieser Arbeit genauer zu reflectiren. Je nach den Anschauungen und Verhältnissen, die in den zusammenlebenden Menschen hier oder dort vorherrschen, wird allerdings die Rechtssatzung der Völker darüber sich verschieden gestalten. Aber über dieser Verschiedenheit der Rechtsgestaltung ist um so weniger das darunter steckende objectiv Gegebene zu vergessen, nämlich die wirkliche vor sich gehende Arbeit der Menschen, die die wahre causa efficiens der neu producirten Dinge ist. Das wirklich objectiv Vorliegende ist, daß der arbeitende Mensch die Dinge erzeugt, also ihr Bestehen in der vorliegenden Gestalt *verursacht*. Daher kann es nicht fehlen, daß diese naturale Ursache an dem Product immerfort haftet und in ihm erkennbar ist, und es kann auch nicht fehlen, daß von der aggregirten Volksgesammtheit (d. h. diesem Haufen gleichartig arbeitender Menschen) die naturale ratio des Erwerbens im Erworbenen erkannt werden wird, wenngleich noch keineswegs die Rechtssatzung dieses Volks den naturalen Grund des *Erzeugens* des Gutes damit gleich zum juristischen Entstehungsgrund des in diesem Volke durch die Gesammtheit geschützten Eigenthumsrechts zu erklären braucht.

Wir haben also hier wiederum den Gegensatz vor uns von einer selbständig bestehenden naturalis ratio, nämlich der die ganze Lebensweise der aggregirten Gesammtheit gestaltenden und in dieser zusammenlebenden Gesammtheit feststehenden bestimmten Arbeitsweise. Die vorhandenen körperlichen Dinge werden „bearbeitet“ und neue Gestaltungen dadurch hervor-

26 gerufen, wonach also das neue Ding in Wirklichkeit das Product der Arbeit, oder die Arbeit die Production der Sache ist. Dieser naturalis ratio (d. h. der facti quaestio) gegenüber steht dann zunächst völlig unabhängig [3]) die juris quaestio, aus welchem Grunde das Eigenthumsrecht an diesen neuen Sachen als erworben gelten soll. Wenn, wie überhaupt, so auch hier die Rechtssatzung an die naturalis ratio durchaus nicht gebunden ist, ja die letztere ganz bei Seite schieben kann, so wird doch der Druck, den die Naturkraft der organisirten Lebensverhältnisse ausübt, gegen die abweichende Rechtssatzung nicht ausbleiben, und des wenigstens partiellen Eindringens der naturalis ratio in die Rechtssatzung wird sich das positive Recht der einzelnen Völker schwer erwehren können.

27 §. 27. Die Production in dem Sinne, wie wir sie in dem vorigen §. besprachen, hat immer einen gewissen körperlichen Stoff (materia, substantia), eine Sache, aus der der arbeitende Mensch durch Nutzung der Naturkräfte und durch seine eigene physische und geistige Anstrengung producirt, zur factischen Voraussetzung. Dadurch ergiebt sich von selbst die Möglichkeit, daß hier zwei Fragen aufgeworfen werden können:

1) Was heißt überhaupt ein Sachindividuum; was können wir also als Fortbestehen einer und derselben Sache, und was haben wir als Untergang der alten Sache und Entstehung einer neuen zu betrachten? Es ist dies eine rein factische Frage, die wir aus den bestehenden Verhältnissen zu entnehmen haben. Dabei ist aber zu bedenken, daß wir nicht die Zwecke des Naturforschers vor uns haben, d. h. nicht das Ding an sich betrachten,

---

3) Es ist durchaus verkehrt, aus dem Nachweise daß sich in einem Volke eine, gewisse Werthe producirende, Arbeit organisirt hat, gleich das Rechtsprincip entnehmen zu wollen, daß nun durch die Fabrikation sogleich für das geltende Recht ein Entstehungsgrund des Eigenthumsrechtes gegeben sei.

sondern daß uns die Dinge hier lediglich in ihrer Stellung zur zusammenlebenden Menschheit in Betracht kommen. Also die äußere Erscheinung dem Menschen gegenüber (species), nicht die innere Beschaffenheit ist es, auf die für unsere Frage das Hauptgewicht gelegt werden muß. Diese äußere Erscheinung aber erhält eine doppelte Richtung, jenachdem es sich entweder um eine räumliche oder eine zeitliche Continuität der Bestandtheile handelt, die in ihrer Vereinigung ein einziges Ding ausmachen sollen.

In Betreff der räumlichen Continuität ist es oft eine schon einfach durch die Sinne zu entscheidende Frage, ob etwas als physisch zusammengehöriges Ding, also als Sachindividuum, zu betrachten sei [1]); so z. B. ist es ein unmittelbares Resultat der uns entgegentretenden physisch einheitlichen Erscheinung, daß wir eine Sache, die Früchte an oder in sich reifen läßt, noch als Eins betrachten, indem uns die Frage der Zukunft daß die Früchte sich einmal abtrennen werden, offenbar die Frage über den gegenwärtigen Zustand noch nicht stören kann. Aus demselben Grunde nun aber, weil in Betreff der äußeren Erscheinung physische Zusammengehörigkeit oder Nichtzusammengehörigkeit das hervorstechendste Entscheidungsmoment für unsere Frage vom Sachindividuum ist, werden wir auch sagen müssen, daß umgekehrt die definitive physische Trennung das Resultat herbeiführt von jetzt an zwei Sachen anerkennen zu müssen, wogegen

1) fr. 23 §. 5 de rei vind. 6. 1: at in his corporibus quae *ex distantibus capitibus* essent, constat singulas partes retinere *suam propriam speciem* .... quod non idem in *cohaerentibus corporibus* eveniet, nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia *tota statua uno spiritu continetur.* fr. 36 de evict. 21. 2: Nave aut domo emta, singula caementa vel tabulae emtae non intelliguntur ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor, quasi evicta parte. fr. 52 §. 3 fam. erc. 10. 2: cum familiae erciscundae vel communi dividundo agitur, *universae res* aestimari debent, non singularum rerum partes.

27 das Moment, daß in der abgetrennten Sache historisch (in zeitlicher Continuität) noch der Stoff der früheren ganzen Sache steckt, ganz zurücktreten muß. So führt v. Scheurl[2]) richtig aus, daß die separirte Frucht „keineswegs als identisch mit dem in sie übergegangenen Stücke der Hauptsache angesehen werden darf, sondern daß die separirte Frucht in der That eine neue Sache ist".

Wo nun aber die räumliche Continuität überhaupt nicht in Betracht kommt, wie bei rein ideellen Dingen[3]), oder wo wenigstens das physische Vereinigtsein doch einem geistig zusammenfassenden Begriff (z. B. Schiff) dienstbar ist, da können wir dann auch bei physisch wechselnden Bestandtheilen doch von einem einzigen Ding reden, wenn nur historische Continuität vorliegt[4]). Bei allen menschlichen Dingen darf man nie vergessen, daß das äußerlich uns Entgegentretende kein Feststehendes ist, sondern ein vorwärts Fließendes, das nur ein Feststehendes zu sein *scheint*. Wo aber der Schein oder die äußere Erscheinung (species) eine ununterbrochene Aneinanderreihung der einzelnen Momente darbietet, da faßt der Mensch es als Einheit auf[5]). Wie der Menschenkörper selbst ein phy-

---

2) Beiträge (Erster Band) S. 291. 300. s. auch Dernburg Krit. Zeitschr. I. S. 145. und Böcking Pand. II. §. 151 Note 1.

3) fr. 31 quib. mod. ususfr. 7. 4: Cum *gregis* ususfructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, *ut grex non intelligatur*, perit ususfructus.

4) Fichte Naturrecht I. S. 18. fr. 10 §. 1 quib. mod. ususfr. 7. 4: Plane si per partes reficiat (aedes), licet omnis nova facta sit, aliud erit nobis dicendum (sc. ususfructus non exstinguitur). §. 7.: In navis quoque usufructu, Sabinus scribit, siquidem per partes refecta sit, usumfructum non interire. fr. 61 de rei vind. 6. 1: si quis navem suam aliena materia *refecisset* etc.

5) Ist dagegen ein vollständiges zeitliches Abbrechen oder Unterbrechen eingetreten, so ist nothwendig die, wenngleich in der alten Gestalt wiederherge-

fisches Hinzukommen und Abgehen der leiblichen Bestandtheile ist, so auch die geistige Einheit des Menschen eine Aufeinanderfolge der verschiedenen Lebensalter mit den darin liegenden Ansichten und Bedürfnissen, die immer wieder nicht bloß durch die Gegenwart allein gegeben sind, sondern durch Vergangenheit und Zukunft bedingt werden. So ist auch das Volk ein Vorüberfließen der sich ineinanderschiebenden voraufgehenden und nachfolgenden Generation. Und wie diese subjectiv einheitlichen Begriffe, so gestaltet sich dem Menschen zu einem objectiv einheitlichen Ding auch die historische Continuität der sich aneinanderreihenden Theilchen. Ein Fluß, ein Bach ist das in einem Bette stetig vorüberziehende Herabfließen der Wassertheile; ein Schiff bleibt dasselbe, auch wenn allmälig durch Reparatur alle Holztheile mit anderen vertauscht werden [6]).

stellte, Sache ein *aliud.* fr. 10 §. 1 quib. mod. ususfr.: non tantum si aedes ad aream redactae sint, ususfructus exstinguitur, verum etiam si *demolitis aedibus testator alias novas restituerit.* §. 7: si autem dissoluta sit (navis), licet iisdem tabulis, nulla praeterea adjecta, restaurata sit, usumfructum exstinctum. Quam sententiam puto veriorem. Nam et si domus diruta fuerit, et ex iisdem caementis tignisque restituta, ususfructus exstinguitur. fr. 5 §. 1 eod.: *Rei mutatione* interire usumfructum, placet; veluti ususfructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt vel exustae sunt; sine dubio exstinguitur ususfructus. An et areae? Certissimum est, exustis aedibus nec areae nec caementorum usumfructum deberi. fr. 36 pr. de usufr. 7. 1: Idemque esse, et si scyphorum ususfructus legatus sit, deinde massa facta sit, et iterum scyphi. Licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, *non tamen illos esse,* quorum ususfructus legatus sit. fr. 9 §. 3 ad exhib. 10. 4: si dolo malo *in aliud corpus* res sit translata, veluti si ex scypho massa facta sit .... *nam mutata forma prope interimit substantiam rei.* (Diese letzten Worte könnten leicht mißverstanden werden. s. §. 28 Note 6).

6) fr. 76 de judic. 5. 1: non modo si unus aut alter sed si omnes judices mutati essent, tamen et rem eandem, et judicium idem, quod antea fuisset, permanere; neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus. Nam et le-

27 Beide Momente aber, räumliche wie zeitliche Continuität, stehen doch immer noch unter dem höheren Gesichtspunkte, den ich vorher andeutete. Die Sachen kommen in dem äußerlichen Zusammenleben der Menschen, auf welches sich überhaupt das Recht bezieht, nicht an sich sondern für uns in Betracht. Selbst wenn sie also objectiv zunächst zeitlich ohne Abbrechen räumlich zusammenbleibende Bestandtheile in sich fassen (wie z. B. das allmälig durch Hitze sich zu Kohle umgestaltende Holzscheit) so kann doch aus dem schwerer wiegenden subjectiven Moment die Sache dem Menschen als alia species erscheinen. Wenn die Sache „für uns" eine andere Stellung einnimmt, d. h. wenn sie im Verkehr der aggregirten Gesammtheit eine völlig andere Bedeutung einnimmt, so betrachten wir das in seiner relativen Richtung für uns völlig veränderte Ding auch objectiv als ein völliges aliud. Wir haben hier wieder einen Punkt, der in dem naturalen Organismus der zusammenlebenden Menschheit gegeben ist. Was ein anderes Verkehrsobject sei, ist nicht aus irgend einem einzelnen Kriterium zu ersehen (Größe, Werth, Gewicht u. s. w.), es ruht nicht auf willkürlicher positiver Rechtssatzung, sondern es ist das Product des Verkehrsorganismus, der mit sorgfältiger Untersuchung der

gionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subjecti essent, et populum eundem hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuisset, quum ex illis nemo nunc viveret; itemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihilominus eandem navem esse existimari; quodsi quis putaret, partibus commutatis aliam rem fieri, fore, ut ex eius ratione nos ipsi non iidem essemus, qui adhinc anno fuissemus, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae quotidie ex nostro corpore decederent, aliaeque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter cuius rei *species eadem* consisteret, rem quoque eandem esse existimari.

factischen Verhältnisse geprüft werden muß [7]). Haben wir also 27
Rechtsverhältnisse vor uns, die auf eine bestimmte äußere Erscheinung (species) eines Dings gerichtet sind, so bringt es schon die naturalis ratio des menschlichen Verkehrsorganismus mit sich, daß das Rechtsverhältniß, nachdem jene erste species vernichtet und ein aliud entstanden ist, als untergegangen gelten muß, und auf die aus der früheren species hervorgegangene neue species nicht unmittelbar transferirt werden kann [8]).

§. 28. Das Sachindividuum ergiebt sich also aus den 28
objectiven Momenten räumlicher und zeitlicher Cohärenz und aus dem subjectiven Momente, welche Stellung eine Sache im menschlichen Verkehrsorganismus einnimmt. Es knüpft sich nun hieran für uns, die wir uns den Begriff der „Production" vollständig vergegenwärtigen wollen,

2) die andere Frage: welche Einwirkung die menschliche Umgestaltung einer Sache zu einer alia species auf das an jener ersteren bestehende Eigenthumsverhältniß ausüben muß?

In Betreff dieser Frage darf man wohl als eine heutzutage sehr verbreitete Anschauung diejenige bezeichnen, welche

7) Nur wo in einzelnen Fällen der Verkehrsorganismus keine sicheren Momente der Entscheidung abgiebt, muß die positive Rechtssatzung sich zur Gewinnung eines festen Resultates interponiren.

8) fr. 10 §. 2 quib. mod. ususfr. 7. 4: Agri vel loci usufructu legato, si fuerit inundatus, ut stagnum jam sit aut palus, procul dubio exstinguitur. §. 4. ... silvae usufructu legato, si silva caesa illic sationes fuerint factae, sine dubio ususfructus exstinguitur. §. 5 Si massae ususfructus legetur, et ex ea vasa sint facta (vel contra), Cassius .... scribit interire usumfructum; quam sententiam puto veram. §. 6 Proinde et ornamentum dissolutum aut transfiguratum exstinguit usumfructum. fr. 5 §. 3 eod.: Si areae sit ususfructus legatus, et in ea aedificium positum, *rem mutari* et usumfructum exstingui, constat. fr. 18 §. 3 de pign. act. 13. 7: Si quis caverit, ut silva pignori sibi esset, navem ex ea materia factam non esse pignori, Cassius ait, quia *aliud sit materia aliud navis;* et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait: „quaeve ex silva facta natave sint".

28 v. Scheurl besonders präcis ausführt[1]. Scheurl gesteht zu, daß „regelmäßig freilich das Eigenthum der erzeugenden Sache *naturali ratione* auch das von ihr abgesonderte Erzeugniß, selbst wenn es als eine neue Sache gilt, ergreife. Aber gleichwie es zwar die Regel sei, daß was der Sklave erwirbt sein Eigenthümer durch ihn erwirbt, dennoch aber diese natürliche Regel eben so natürliche und wichtige Ausnahmen habe, ganz in derselben Weise würden auch Ausnahmen von jener Regel sich bei genauerer Erwägung als ganz natürlich und gerechtfertigt darstellen". Auch hier also wird von der Auffassung ausgegangen, als wenn naturalis ratio nichts wäre, als das worauf bei Feststellung des Rechtssatzes der überlegende menschliche Verstand am ersten kommen wird (s. §. 24 Note 3). Es ist aequum, billig, practisch zweckmäßig, gut und passend, daß der Rechtssatz zunächst dem Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum an den Früchten „zutheilt", aber derselbe Grund, der dies als zweckmäßige Regel hinstellt (nämlich der rechtsetzende Wille), kann auch ganz eben so gut von dieser Regel „natürliche und zweckmäßige" Ausnahmen schaffen. Hiermit ist nun aber die naturalis ratio, um die es sich in Wahrheit handelt, gar nicht getroffen. Doch fahren wir zunächst fort, der Scheurl'schen Ansicht nachzugehen. Scheurl erkennt richtig, daß Fruchterzeugung und Specification unter gemeinsamen Gesichtspunkten stehen, aber es fragt sich weiter, welches die richtigen Gesichtspunkte sind, unter die wir Beides zu stellen haben. Scheurl sagt nun: „im Augenblick der Absonderung (der Frucht) geht eben dieses Stück der erzeugenden Sache in die nun erst zum eigentlichen Dasein kommende neue Sache, deren Dasein bisher bloß vorbereitet war, über, und eben dadurch gewissermaßen unter, auf ganz ähnliche Weise, wie

1) Beiträge S. 289—291.

bei der wahren Specification der verbrauchte nicht wieder in seiner ursprünglichen Gestalt herstellbare Stoff in die nova species über und darin untergeht[2]). Wie von der nova species gesagt werden kann, sie sei an sich *res nullius*, trotzdem daß sie einen Stoff in sich enthält, der bis zu diesem Augenblick Gegenstand des Eigenthums eines Dritten war, ebenso kann man von der separirten Frucht sagen, sie sei an sich *res nullius*, obwohl sie rein materiell betrachtet eins und dasselbe mit der hängenden oder stehenden Frucht, und diese im Eigenthum des Eigenthümers der erzeugenden Sache war". Nach dieser natürlichen und zweckmäßigen Auffassung könne also „eine juristische Behandlungsweise eintreten, wobei ihre materielle Identität mit dem Ding, als welches sie bisher bestand, ignorirt wird".

Dies Räsonnement Scheurl's kann man auf gewissen Gebieten als richtig zugestehen. In soweit es sich um Verhältnisse handelt, die überhaupt nur auf die species (die äußere Erscheinung) eines Dings gerichtet sind (z. B. Usufruct, vergl. den vor. §. Note 8), in soweit ist es richtig, daß mit einer rei mutatio, mit dem Eintreten einer nova species, das bisher bestandene Verhältniß untergehen muß[3]). Es ist aber meiner

2) So auch Böcking §. 154. d. „seines Eigenthumserwerbes, der eben einen vorher nicht existent gewesenen Gegenstand hat".

3) Anwendungsfälle sind im vorigen §. bereits vorgekommen. Soll daher bei solchen Verhältnissen, trotz der rei mutatio und bei der etwaigen Wiederherstellung der früheren species, das Verhältniß forterhalten werden, so ist das gegen die naturalis ratio, aber es kann eine sehr gewichtige subjective aequitatis oder utilitatis causa dafür sprechen. Z. B. fr. 43 §. 1 de S. P. R. 8. 3: Si *fons exaruerit*, ex quo ductum aquae habeo, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit: an aquaeductus amissus erit, quaeritur? Durch besonderes Rescript ist nach aequitas (fr. 35 eod. „postulatio non iniqua") das restitui der Servitut angeordnet. (Die Rechtssätze, in denen solche aequitas hervortritt, können übrigens sehr verschiedene positive Gestalten annehmen.) S. ferner fr. 20 §. 2 de S. P.

28 Ansicht nach eine völlige Verkennung der Natur des Eigenthums, wenn man dies, als wenn es ein auf eine species ge=

U. 8. 2: Si *sublatum* sit *aedificium*, ex quo stillicidium cadit, et eadem specie et qualitate reponatur, *utilitas exigit*, ut idem intelligatur; nam alioquin, si quis strictius interpretetur [d. h. rein nach der naturalis ratio] aliud est, quod sequenti loco ponitur. Et ideo sublato aedificio ususfructus interit, quamvis area pars sit aedificii. So auch fr. 33 de S. P. U.: quum in lege aedium ita scriptum esset ,,paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit", satis aperte significari, in perpetuum parietem esse debere. Non enim hoc his verbis ,,in perpetuum" dici, ut *idem* paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset [das wäre gegen die naturalis ratio], sed uti eiusmodi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret [offenbar utilitatis causa zur Anerkennung der in den leges aedium gemachten rein voluntaren Satzung d. h. ein civiles Rechtselement, das aber im Uebrigen der naturalis ratio gar keinen Abbruch thut]. Quemadmodum si quis alicui *cavisset* ut servitutem *praeberet* quae onus suum sustineret, si ea res, quae servit et tuum onus ferret, *periisset*, *alia in locum eius dari debeat.* Es ist also ein ganz obligatorisches Moment. Nach der naturalis ratio (si quis strictius interpretetur) ist mit Untergang der Mauer die Servitut untergegangen; nach der voluntaren Satzung der Parteien aber, die hier (,,in proposita specie" fr. 6 §. 2 si serv. vind. 8. 5) der Rechtssatz utilitatis causa nicht mißbilligt, wird die Servitut auf die neue Mauer übertragen. Es ist dies Alles schon vorher verabredet, der Paciscent sagt gleich auf den Wegfall der ersten schadlosen Mauer die Wiederherstellung oder Reparirung zu. Im Uebrigen ist der Fall gleichartig der *repetitio ususfructus* (fr. 1 pr. quando dies ususfr. 7. 3. fr. 3 pr. §. 1 quib mod. ususfr. 7. 4), nur daß hier gar nicht mehr obligatorisch zu leisten ist, also mit Untergang der früheren Servitut die folgende sich sogleich von selbst neu erzeugt. Ferner ist auch gleichartig die Constituirung einer Servitut auf den Fall des Findens von Wasser (oder des Wiederkehrens einer vielleicht austrocknenden Quelle) fr. 10 de S. P. R. 8. 3. fr. 21 si servitus 8. 5, nur daß zur Herstellung des Objects der Servitut beim Suchen des Wassers ein vorausgehendes Thun des Berechtigten, beim Errichten der neuen Mauer ein vorausgehendes Thun des zukünftigen Servitutspflichtigen vorausgesetzt wird. — Wenn Böcking II. S. 205 sagt ,,die Servitut fordert nicht, daß der paries idoneus gemacht werde, sondern daß er da sei", so ist das richtig, aber

IV.

richtetes Verhältniß wäre, unter jenen Satz stellt. Freilich 28
wenn das Eigenthum nur die Schöpfung einer Rechtssatzung wäre, so würde sich die Frage lediglich darauf reduciren, wie das positive Recht des einzelnen Volks die „Zutheilung" der Sache an den Einzelnen gemeint habe, ob bloß als eine Zutheilung dieser bestimmten species, welche also mit Wegfallen dieser species aufhören und eine res nullius zurücklassen würde, oder ob als eine Zutheilung der ganzen Substanz der Sache. So aber liegt nach unseren früheren Erörterungen (vergl. §. 5 bei Note 2 und 3) die Frage nicht. Wo überhaupt in den Völkern sich der Eigenthumsbegriff gebildet hat, ist er das Product einer noch höheren Macht, als der Willenssatzung des einzelnen zusammengeschlossenen Volkskreises. Er ist das Product der aggregirten Gesammtheit, d. h. das Resultat der schaffenden und arbeitenden Individuen als solcher. Eigenthum ist ein auf der Grundlage individuellen Willensactes Ruhendes, ein durch die Macht der nebeneinanderstehendeu Individuen als solcher Aufrechterhaltenes. Die Anerkennung, die die übrigen Individuen dem einzelnen Individuum gewähren, ist nicht gleich Anerkennung der unirten Gesammtheit also Rechtssatz, sondern (wie das in der Gesammtheit lebende und verstandene Wort) Wissen und Kennen des in der zusammenlebenden Gesammtheit schon ohnehin factisch bestehenden Organismus.

Indem aber das Eigenthum That und Schöpfung der Individuen als solcher ist und es darin besteht, daß das Individuum für diesen Kreis der zusammenlebenden Menschen gleichsam als der Ursprung der Sache erscheint, als der welcher die

damit gewinnen wir immer noch nicht den Punkt: daß er wieder da sei, wenn er tragunfähig geworden ist. Wenn aber Böcking diese Frage, statt sie aus der voluntaren utilitatis causa zu erklären, umgekehrt auf die „Natur der Sache" zurückführt, so muß ich gestehen, daß ich diese Natur der Sache nicht kenne.

28 Sache sich erzeugt hat, so liegt in dieser der Gesammtheit gegenüber objectivirten Subjectivirung der Sache, daß diese Sache als vollständig vom Subject assimilirt dasteht. Die ganze Substanz der Sache, nicht bloß ihre species (äußere Erscheinung) ist vom Subject errungen, es betrachtet sich um die ganze Sache, ihren Werth und inneren Stoff subjectiv bereichert, und indem ihm, dem Eigenthümer (dem sich auch selbstthätig in dieser Stellung Schützenden) die neben ihm stehenden Individuen das anerkennen, so gewähren sie ihm nicht etwa erst durch diese Anerkennung das Eigenthum (also ihr Wille ist nicht der Grund für Jenen), aber ihr subjectives Wissen erkennt es als eine für den Nebenmenschen wie für sich selbst bestehende Einrichtung an, daß der Mensch von Arbeit und Kampf lebt und das Erarbeitete und Erkämpfte mit seiner Person identificirt[4]).

Das Privateigenthum ist hiernach, da wo es sich überhaupt factisch gestaltet hat, schon von vorn herein die die ganze Substanz der Sache erfassende Macht des Menschen über die Sache. Der Mensch absorbirt gleichsam die Substanz, er nimmt der Sache ihre objective Selbständigkeit und zieht ihre Substanz in sich hinein. Während z. B. der Usufruct ein Verhältniß ist, welches, auf Grundlage des schon vorhandenen Eigenthums, der Eigenthümer einem Anderen nur an der bestimmten species seiner Sache zugesteht[5]), so ist das Eigenthum die Macht des

4) Das Anerkennen der aggregirten mich umgebenden Gesammtheit ist kein Wollen und also kein Gewähren oder Verleihen, sondern ein Verstehen, Begreifen von etwas schon in sich selbst Bestehenden. Vgl. die erste Beilage §. III.

5) Im Fall des Usufructs verbleibt also die Substanz oder das corpus unverändert beim Eigenthümer. „Salva rei *substantia*“ „jus in *corpore*“ fr. 1. 2 de usufr. 7. 1. Anders schon stellt sich der ususfructus omnium bonorum fr. 34 §. 2 eod.: si aedes incensae fuerint, ususfructus

Menschen über die ganze Substanz der Sache, und diese bleibt 28
es auch, wenn das factische Eigenthumsverhältniß durch die Rechtssatzungen der Gesammtheit zum Rechte erhoben worden. Also schon die *Natur* des Eigenthums ergiebt, daß ich das, was ich mein nenne, auch bis in alle seine stofflichen Bestandtheile hinein mir zurechne, und so gut die aggregirte Gesammtheit mir überhaupt die Sache in ihrer gegenwärtigen Gestalt zugesteht, so gut erkennt sie mir auch dies substantielle Zugehören an. Auch dies Meinsein der Substanz *verleihen* mir nicht erst meine Mitmenschen, sondern sie ist mein durch mich selbst, ich bin der Herr der Substanz nicht durch Andere, sondern *durch* mich, aber in einer den Anderen bewußten und dann auch wirklich durch Rechtssatz anerkannten Weise.

Hierin liegt, als naturaler *Inhalt* des einmal vorhandenen Meinseins, daß (wofern wir von anderen hier noch nicht in Betracht kommenden thatsächlichen Momenten absehen) die bloße factische Veränderung der äußeren Gestalt des Dings das Meinsein nicht verändert. Liegt einmal der Grund vor, daß ich das Stück Holz mein nenne, so nenne ich auch mein die Kohle oder die Asche, zu der es verbrennt. Gehört mir das Thier, so nenne ich auch mein die Knochen, Haut und Fleisch, in welche ein etwa niederstürzender Baum es auseinandergeschlagen hat u. s. w. Haben wir also das Eigenthum überhaupt als ein factisch in der Menschheit organisirtes gerechtfertigt, so liegt dies schon gleich mit darin, oder m. a. W. ruht überhaupt das Eigenthum auf naturalis ratio, so beruht darauf auch zugleich der Satz, daß das einmal vorhandene Herrschaftsverhältniß nicht *lediglich* dadurch alterirt wird, daß (also

---

specialiter aedium legatus peti non potest, bonorum autem usufructu legato, areae ususfructus peti poterit, quoniam qui bonorum suorum usumfructum legat, non solum eorum *quae in specie sunt* sed et *substantiae omnis* usumfructum legare videtur.

28 z. B. durch Zufall) die Substanz einer Sache aus ihrer bisherigen species in eine andere species übergeht. Es ist also, können wir auch sagen, naturalis ratio daß das bloße objective Umgestaltetwerden der materia (die subjectiv-menschliche Thätigkeit noch ganz bei Seite gestellt) in dem bestehenden Eigenthum keine Veränderung erzeugt, daß daher der Herr der materia oder Substanz auch Herr der nova species nicht wird sondern bleibt, trotzdem daß eine rei mutatio eingetreten ist. In allen Fällen also, wo die subjectiv-menschliche Thätigkeit bei Umgestaltung der Sache nicht in Betracht kommt, oder wo wir ihr aus besonderen Gründen keine Bedeutung glauben einräumen zu dürfen, ist nach Eintritt der rei mutatio nicht etwa ein naturales Vacuum, so daß man sagen könnte, naturali ratione sei die Sache nullius, sondern umgekehrt die Substanz steckt noch in der neuen species, und der Herr der Substanz oder materia ist Herr der neuen Gestaltung [6]. Es möge mir erlaubt sein

---

6) Es ist also zunächst der Satz des Sabinus ein vollständig richtiger fr. 7 §. 7 de acq. rer. dom. 41. 1: „*naturalem rationem* efficere, ut qui materiae dominus fuerit idem eius quoque quod *ex eadem materia* factum sit dominus sit, *quia sine materia nulla species effici possit.* Gai. II. 79: quidam *materiam et substantiam spectandam esse* putant, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, [dies videatur esse hat hier durchaus keinen abschwächenden Sinn, wie Dernburg Krit. Zeitschr. I. S. 146 zu meinen scheint] idque maxime placuit Sabino et Cassio. Diesen Satz als naturales im Inhalt des Eigenthums gegebenes Grundprincip zu läugnen, ist auch den Proculianern bei der speciellen Frage über die Specification aus f r e m d e m Stoff nie in den Sinn gekommen. (s. unten §. 34. 35). Auch da, wo dieser Specification aus fremdem Stoff wegen besonderer Gründe kein Raum gegeben wird (s. Böcking II. §. 154. e.), tritt deßhalb das naturale Grundprincip von selbst wieder hervor. fr. 4 §. 20 de u. et u. 41. 3: si ex lana *furtiva* vestimentum feceris, *verius est ut substantiam spectemus;* et ideo vestis furtiva erit. fr. 12 §. 3 ad exhib. 10. 4: si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum vel ex lana vestimenta, quum sciret haec aliena esse, utriusque nomine

diesen Satz der naturalis ratio in der Folge kurz das Substantialprincip zu nennen. 28

§. 29. Wir haben jetzt die beiden Fragen erledigt, was wir unter rei mutatio oder alia species zu verstehen haben, und daß nach dem Substantialprincip durch das bloße objective Umgestaltetwerden der Sache das Eigenthumsverhältniß keine Veränderung erleidet. Wir kehren jetzt zu unserer im Anfange des §. 27 verlassenen Untersuchung über den Begriff der Production zurück. 29

In Betreff dieses Begriffs habe ich schon des Verdienstes von Scheurl Erwähnung gethan, daß nämlich dieser Schriftsteller es versucht, die durchaus auf gleicher naturaler Grundlage ruhenden beiden Begriffe der Fruchtproduction und der Fabrication unter gemeinsame wissenschaftliche Gesichtspunkte zu vereinigen. Es ist nun auch noch besonders das Verdienst Dernburg's und wiederum v. Scheurl's (in dessen weitläuftigerer Darstellung Dernburg ganz seine eigene Ansicht wiederfindet) hervorzuheben, welches in dem ersten Aussprechen des Gedankens liegt, daß die Fabrication oder Specification durchaus nicht auf den Begriff der Occupation reducirt werden darf, sondern den selbständigen Begriff der Thätigkeit, Arbeit, opera, in sich faßt[1]).

Betrachten wir nun aber, wie Scheurl im Genaueren diesen Arbeitsbegriff versteht. „Was durch Erzeugung entsteht,

---

ad exhibendum actione tenebitur, *quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est.* fr. 14 §. 3 de cond. furt. 13. 1. fr. 52 §. 14 de furt. 47. 2. vgl. §. 34 Note 4.

1) Dernburg Krit. Zeitschr. I. S. 146. 147. S. 295. v. Scheurl Beitr. S. 285. s. auch Arndts Pand. §. 155 Anm. 1. Pagenstecher Eigenthum II. S. 93. — Sind die obigen Ausführungen über die Occupation richtig, so wird es einleuchten, daß die Gründe, weßhalb die Specification keine Occupation enthalte, noch wesentlich anders lauten müssen.

29 kommt in das Recht desjenigen, der es erzeugt hat, oder in dessen Recht sich die Person oder Sache befindet, von der es erzeugt ist" (S. 280). Dieses „*sehr natürliche*" Rechtsprincip soll der gemeinschaftliche Ausgangspunkt für viele einzelne Sätze des Römischen Rechts sein, und gerade in dem hierin liegenden Zusammenhang, in der Wirksamkeit dieses Rechtsprincips sollen jene einzelnen Sätze ihre Erklärung finden. Ausnahmen von diesem Princip, die in der That vorkämen, hätten immer ihren besonderen Erklärungsgrund, und dienten also nur zur Bekräftigung jenes Princips als der Grundregel. — Erzeugung wird nun aber hiebei „im weitesten Sinn" genommen als menschliche Erzeugung der Kinder, Naturproduction der Geburt von Thierjungen, Erzeugung von Früchten aus einem Grundstück, und die Arbeits- und Kunsterzeugung der Specification. Das Gemeinsame der Erzeugung sei aber immer: Hervorbringung eines neuen noch nicht dagewesenen Gegenstandes aus gegebenem Stoff, im Gegensatz zu der ohne Stoff verfahrenden *Schöpfung*. Nur sei bei jener Erzeugung noch der Unterschied der freien und unfreien Zeugung zu machen; zu der freien Erzeugung gehöre die männliche Zeugung des Gewalthabers selbst, oder der in seiner Gewalt stehenden freien Personen, sowie ferner die producirende Thätigkeit des Arbeiters oder Künstlers, zu der unfreien sei zu rechnen die weibliche Geburt, die Thätigkeit des Menschen als juristischer Sache (Sklav), und die Fruchterzeugung einer fruchttragenden Sache (Thierjunge, Bodenerzeugnisse).

Gegen diese Auffassung Scheurl's ist Folgendes zu bemerken. Es steckt darin von vorn herein der Grundirrthum, der heutzutage ein fast allgemein herrschender ist, daß man übersieht, was in Wahrheit die naturalis ratio der Verhältnisse sei. Scheurl stellt eine Reihe von Punkten, die eine gewisse Aehnlichkeit und factische Gleichartigkeit (aequitas) haben, zu-

IV. 29

sammen; dies ist ihm der genügende Grund anzunehmen, daß die Menschen danach in der That darauf kommen werden, sie unter gemeinsame Satzungen zu bringen; es ihm also „sehr natürlich" daß ein Volk aus dieser Zusammenstellung ein Rechtsprincip macht, eine Regel für das weitere Detail der Rechtssatzungen; und schließlich sind nach ihm gerade die Römer in der That dieses Volk, in deren Recht sich dies Rechtsprincip finden soll. Also lediglich auf eine subjective Anschauung (auf das was die Römer meist naturalis aequitas nennen, s. auch §. 24 Note 1—3) und dann auf die vermeintliche positive Rechtssatzung der Römer ist das von Scheurl aufgestellte „Rechtsprincip" gebaut [2]). Damit aber sind nun die wirklichen treibenden Gewalten, denen im menschlichen Zusammenleben die Organisation des Eigenthums ihre Entstehung und Weiterbildung verdankt, (also die naturalis ratio) völlig verkannt.

Das Eigenthum ist das Product der treibenden menschlichen Arbeitskraft. Das Ich arbeitet, und das Ich erkennt auch daß das Du neben ihm arbeitet; daraus entwickelt sich das Sich-Verstehen der zusammenlebenden Menschen in Betreff des von Jedem Erarbeiteten, und der Zustand des factischen Gleichgewichts in der Herrschaft über das Erarbeitete (wie noch

---

2) Auch umgekehrt das im vorigen §. besprochene Substantialprincip ist bei Scheurl (S. 283) lediglich eine subjective Anschauung dessen, der darüber nachdenkt, wie er wohl am zweckmäßigsten diese Frage durch Rechtssatzung ordnet („es erscheint dem, welcher sie rein äußerlich auffaßt, als das durchaus Natürliche, das Eigenthum am Stoff, als Eigenthum an dem daraus erzeugten Product, unverändert fortdauern zu lassen") während doch dies Substantialprincip ein unmittelbar im Eigenthum Liegendes ist, dies Eigenthum aber nicht ein in „zweckmäßiger durchaus natürlicher Weise" Ausgedachtes, sondern ein in der Menschheit objectiv bestehender Organismus ist, dessen Inhalt seinen Bestand hat ganz unabhängig von der, subjective Anschauungen einmischenden, menschlichen Rechtssatzung.

29 jetzt bei dem internationalen Eigenthum der Völker an den Ländern, in denen sie sich festgesiedelt haben). Arbeit aber, als naturale das Eigenthum zeugende Macht, ist lediglich die sich mühende Thatkraft des Subjects, die schaffende Thätigkeit des Ich und des Du. Sowenig wie das Gekrächz der Raben (womit sie sich freilich auch unter einander verständlich machen) ein Sprachorganismus ist, so wenig ist es Occupation, wenn sich der Wolf ein Schaf erbeutet, und so wenig ist es producirende Arbeit, wenn ein Baum einen Apfel und ein Thier ein Junges bekommt. Man kann solche Dinge, das physisch-Instinctuelle und das menschlich-Geistige, mit Nutzen vergleichen (so gut wie das thierische Zusammenleben und das menschliche Eheverhältniß u. s. w.), aber man darf sie nicht als für den menschlichen socialen Organismus auf gleicher Stufe stehend zusammenstellen. Arbeit ist nicht bloß materielle, sondern auch *geistige* Kraftäußerung. Es ist nicht richtig, wenn Scheurl aus der menschlichen Arbeit, also der producirenden Thätigkeit des Fabrikanten und Künstlers den Begriff der Schöpfung ausscheidet, und Schöpfung lediglich für Erzeugung ohne gegebenen Stoff erklärt. Letzteres ist freilich die höchste Art der Schöpfung, das göttliche Schaffen. Aber der Mensch ist so sehr Gottes Ebenbild, daß auch in seinem Arbeiten, wenn gleich dafür ein gegebener Stoff nöthig ist, noch das Element des Schaffens steckt (s. auch §. 26 Note 1). Nur der Mensch ist wahres natürliches Subject, Arbeit ist Selbstentfaltung dieses Subjects, also nur das Produciren des Menschen, des Ich und des Du, ist wahre Arbeit. Das Object aber ist vom Ich und Du durch eine unübersteigliche Kluft geschieden [3]); was der Baum an sich wachsen läßt, was der Boden aus sich emporschießen läßt, was das Thier in sich reifen läßt und gebiert, ist physische materielle

3) Vgl. auch die erste Beilage §. 11.

Entwicklung, es ist das Ergebniß einer „leidlich klug ein- 29
gerichteten Maschine“, es ist aber keine Production im wahren Sinn des Worts. Ebensowenig aber wie wir die physische Entwicklung des Objects in den Begriff der Arbeit oder opera hineinziehen dürfen, so wenig gehört dahin auch die männliche Zeugung und das weibliche Gebären der Menschen. Es ist wahrlich keine bloße Redensart, daß Gott uns die Kinder schenkt, daß wir sie uns nicht selbst machen[4]).

Der Begriff der Arbeit, opera, oder producirenden Thätigkeit ist ein scharf begränzter, durch die naturalis ratio gegebener. Die Arbeit ist eine im menschlichen Zusammenleben gegebene, treibende und Verhältnisse erzeugende Weltmacht; dagegen das Hervorwachsen der Dinge aus den Dingen erzeugt an sich gar keine Verhältnisse, und das Hervorwachsen des Menschen aus dem Menschen erzeugt freilich wohl Verhältnisse, aber keine bei denen der Mensch sich als wirklicher Autor betrachten kann. Fiele es nun dennoch dem positiven Rechte eines Volkes ein, jenen naturalen Begriff der Arbeit mit dem physischen Hervorwachsen juristisch auf gleiche Stufe zu stellen, also ein (rein civiles) Rechtsprincip, in der Weise wie Scheurl es „construirt“, zu schaffen, — ich müßte das geradezu für eine in seinen Consequenzen (die ich hier nicht verfolgen will) dem Volke schadenbringende verkehrte Rechtsgestaltung erklären, so gut wie es eine verkehrte Gestaltung sein würde, wenn ein Gesetzgeber sich ausdächte, daß zwei außerordentlich befreundete Männer untereinander das Rechtsverhältniß der Ehe sollten eingehen können. Auf jeden Fall aber haben nim-

4) Das ältere Römische Recht bietet in der That eine juristische (civile) Gleichstellung der Sachen im dominium und der Kinder in potestate. Es ist aber auch der Gang der Römischen Rechtsentwicklung, daß bei der völligen naturalen Verschiedenheit beider Verhältnisse, die gegebenen positiv-historischen Sätze der alten Hausgewalt allmälig abgestreift worden sind.

29 mermehr die Römer jenes Rechtsprincip aufgestellt, ein Princip durch welches der Begriff der opera in den des animalischen Wachsens heruntergezogen sein würde, so daß man danach also mit Scheurl auch das Wachsen auf einem fundus einfach für „operae fundi" erklären könnte. —

Indem Scheurl versucht sein „Rechtsprincip der Erzeugung" als ein im Römischen Rechte begründetes nachzuweisen, schiebt sich ihm von selbst ein anderes Princip unter. Er sagt: Erzeugung ist der Grund des Eigenthumserwerbes, also was ich erzeuge, gehört mir, was aber eine Sache erzeugt, gehört mir, wenn die erzeugende Sache mir gehört. — Wenn bloß die Erzeugung als Grund in Betracht käme, so müßte die Schlußfolgerung so sein: was ich erzeuge gehört mir, was die Sache erzeugt gehört ihr. Daß nun aber doch das Sacherzeugniß nicht ihr sondern mir gehört, davon ist der Grund gar nicht die Arbeit, sondern meine schon vorhandene Herrschaft an der Sache. Daß meine Herrschaft an der Sache auch das aus ihr Hervorgewachsene an sich zieht, davon ist der Grund dann nicht speciell, daß die Sache arbeitet, sondern der, daß überhaupt meine einmal begründete subjective Macht über die Sache durch bloße Schicksale, die lediglich objectiv die Sache erleidet, gar nicht verändert wird. Wir haben hier also einfach das Substantialprincip und nicht das Arbeitsprincip vor uns. Wenn das Arbeitsprincip z. B. bei der Gewinnung der Bodenfrüchte zur Anwendung käme, so müßte (in der Weise des deutschen Rechtes) der für den Eigenthümer der Früchte erklärt werden, der den Boden beackert, gereinigt, die Saat hineingelegt [5]) und aufgezogen hat.

Dies, daß bei dem Erzeugniß der Sachen im Röm. Recht

5) Und auch dies wiederum nicht als Herr der Samenkörner (denn das wäre nur wieder eine andere Anwendung des Substantialprincips) sondern als ein die Samenkörner Hineinlegender also Arbeitender.

lediglich die naturalis ratio des Substantialprincips zur Anwendung kommt, erkennen nun auch die Römer ganz bestimmt an. Sie stellen darunter, außer den Bodenproducten und den Thierjungen, auch noch die Sklavenkinder und die Sklavenarbeit. Denn wenn sie letzteres Beides (in Anerkennung der naturalis ratio, daß Menschen an sich keine Sachen sein dürften) nicht zu den Früchten zählen, und (ebenfalls in factischer Anerkennung der naturalis ratio) bei der Thätigkeit der Sklaven, da diese doch Menschen sind, von wirklicher opera oder Arbeit reden, so konnte das die juristische Stellung, die die Sklaven im Alterthum nun einmal haben, nicht ändern. Es ist also vollkommen richtig, was Scheurl ausführt (S. 295), daß die Römer die Sklaven-operae dem Fruchterwerbe gleichgestellt haben oder m. a. W., daß sie als Consequenz des Rechtsinstituts der Sklaverei Menschenarbeit auf die Stufe animalischen Fruchtwachsens degradirt haben, aber daraus folgt durchaus nicht, daß nun auch freier Menschen Arbeit von ihnen auf diese Stufe degradirt worden wäre. Im Gegentheil sie heben es ausdrücklich hervor, daß eben nicht, wie beim freien Menschen, die opera selbst, sondern lediglich die animalische und physische Entwicklung der „Substanz" oder des „corpus" (s. §. 28 Note 5) den Grund des Eigenthumserwerbes abgiebt[6]).

6) Die Stellen lauten durchaus gleichartig den im §. 28 Note 6 angeführten. §. 3 I. de jure pers. 1. 3: servi nascuntur *ex* ancillis nostris. fr. 5 §. 2 de rei vind. 6. 1: si equam meam equus tuus praegnantem fecerit, non tuum esse, sed *meum quod natum est.* fr. 25 §. 1 de usur. 22. 1: Respondi, quod ad fructus qui ex fundo percipiuntur intelligi debet, propius eos iis (Hal.: propius ea) accedere, quae servi operis suis acquirunt, *quoniam in percipiendis fructibus magis corporis jus ex quo percipiuntur,* quam seminis ex quo oriuntur (s. Note 5), *inspicitur;* et ideo nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severis (Vulg. Hal. severim; auf die Arbeit als solche kommt es jedenfalls dem Römer nicht an) segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum

30 §. 30. — b. **Die Production der positiven Rechtssatzung gegenüber.** — Indem Scheurl sein s. g. „Rechtsprincip der Erzeugung" construirt, hat er seinem eigenen Gedanken, daß die Specification aus dem Princip der Arbeit oder opera zu erklären sei, die wirklich fördernde Spitze abgebrochen. — Verfolgen wir nun weiter, wie sich das naturale Arbeitsprincip der positiven Rechtssatzung, insbesondere der des Römischen Rechts, gegenüberstellt. Es ist immer festzuhalten, daß die menschliche Arbeit die eigentliche factisch hervortreibende Ursache des producirten Gutes ist. Der Mensch ist es, der den Grund und Boden aus dem wilden Naturzustande in Acker und tragfähiges cultivirtes Land umgestaltet, der die nützlichen Pflanzen um sich sammelt, der die „wilde" Sorte des Obstbaums cultivirt und erst wirklich nützlich macht. Also die wirkliche factisch überwiegende Ursache der Bodencultur und der den Menschen nährenden Fruchterzeugung ist nicht die Natur

---

fieret. Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est. §. 19 I. de rer. div.: Item ea quae *ex* animalibus dominio tuo subjectis *nata* sunt, eodem *jure* [*naturali*] tibi acquiruntur. fr. 2 de acq. rer. dom. 41. 1: vel quae *ex* his apud nos edita sunt. fr. 6 eod.: Item quae *ex* animalibus dominio nostro subjectis nata sunt, eodem jure [gentium] sunt. fr. 121 de V. S. 50. 16: Usura pecuniae, quam percipimus, non in *fructu* est, quia non *ex ipso corpore* sed ex alia causa est, id est nova obligatione. fr. 62 de rei vind. 6. 1: vectura sicut usura *non natura provenit* (im Gegensatz der Früchte, welche natura proveniunt und von dem Substantialprincip beherrscht werden) sed jure percipitur. Daraus die Folgerung für den percipirenden Miteigenthümer: fr. 25 pr. de usuris 22. 1: Qui scit fundum sibi cum alio communem esse, *fructus* quos *ex eo* perceperit invito vel ignorante socio *non maiore ex parte* suos facit, *quam ex qua dominus* praedii est. Nec refert, ipse an socius an uterque eos severit, quia *omnis fructus* non jure seminis sed *jure soli percipitur.* Daß die Römer in diesen Stellen gerade nicht das Arbeitsprincip sondern lediglich das Substantialprincip vor Augen haben, könnten sie wohl kaum deutlicher aussprechen.

als solche, sondern der die Naturstoffe nutzende und „cultivirende“ Mensch. Die eigentliche causa efficiens der Fruchtgewinnung ist nicht das physische Wachsen, sondern die (das geistige Element des Cultivirens d. h. des Zähmens, des menschlicher Sitte und Ordnung Anfügens, in sich fassende) menschliche Arbeit. Das Cultiviren des Bodens und der Gewächse sowie das Heranziehen der Thiere, das sie zu Hausthieren Machen, das im Laufe der Generationen hergestellte Erzielen „zahmer“ Thierracen, wobei das Thierjunge immer mehr die „wilde“ Natur ablegt, — das Alles ist Product menschlicher Arbeit, und zwar lange fortgesetzter mühevoller Arbeit. Was aber so als cultivirter tragfähiger Acker, als Culturpflanzen (z. B. unsere feinen Aepfelsorten im Gegensatz des wilden Apfels), als Culturthiere (z. B. das Vollblutpferd im Gegensatz des wilden Pferdes der kirgisischen Steppe) der Mensch in langer Kette der allmälig aneinandergereihten Arbeit producirt, das ist im Gegensatz zu dem roh von der Natur Dargebotenen ein vollständiges aliud. Man muß nie vergessen, daß Fruchtproduction gar nicht bloß Nehmen dessen ist, was die Natur wachsen läßt, sondern „Erziehen“ des Bodens, der Pflanzen, der Thiere; die materielle causa ist also nicht das rein voluntare äußerliche Ergreifen[1]) sondern das subjective in der Arbeit liegende Verdienen. Dieser Grund, der es macht daß der einzelne Mensch das Einzelne so Producirte sich selbst zurechnet, ist derselbe der in seiner Gesammtwirkung die Erdoberfläche vollkommen umgestaltet, die Thiere verändert, die Pflanzen erst eigentlich ergiebig gemacht hat. Er enthält die Fort-

30

1) Es ist ganz unzulässig, den Begriff der Fruchtproduction bloß auf ein vermeintliches Princip der einseitigen „Besitzergreifung“, was gar kein naturales Princip ist, zurückzuführen. s. z. B. Mühlenbruch Band II. §. 245 sub 1. Der Umstand, daß manche Personen erst durch Perception die Früchte erwerben, ist völlig anders zu erklären. s. §. 33.

30 führung der Arbeit, die wir im Kreise der Occupation als den ersten Kampf des Menschen mit der Natur haben kennen lernen.

Sodann die Fabrication ist, nur noch eine Stufe weitergehend, innerlich ein der Fruchtproduction durchaus gleichartiger naturaler Begriff. Der Mensch läßt hier nur nicht die Naturkraft des Wachsens thätig sein, sondern er verwendet auf den vorhandenen Naturstoff andere Naturkräfte, und gestaltet mit seiner Hände oder seiner Maschinen Thätigkeit aus der materia neue Dinge. Auch dies ist Arbeit, auch dies Neugestaltung von Dingen, nur daß hier noch unmittelbarer der Mensch als der auctor oder Schöpfer des neuen Dings dasteht, als bei der Fruchtproduction. Das ganze Reich der Industrie ist es, welches sich aus dieser Arbeitsart unter den Menschen organisirt, und die durch diese Industrie hergestellten Güter sind eben das auf diesem naturalen Grunde ruhende Eigenthum.

Wenn wir nun aber prüfen wollen, wie sich die positive Rechtssatzung diesen naturalen Mächten des Ackerbaus und der Viehzucht (der Fruchtproduction), sowie der Industrie (der Fabrication) gegenüberstellt, so bedarf es (was bei der Fruchtproduction nicht nöthig ist) in Betreff der Fabrication noch der Scheidung zweier Fragen, nämlich der Fabrication aus gegebener eigener oder aus fremder materia. Wir werden also im Folgenden drei Fragen trennen: Fruchtproduction aus (eigenem oder fremdem) Stoff (§. 31—33), Fabrication aus eigenem Stoff (§. 36) und Fabrication aus fremdem Stoff (§. 34. 35).

31 §. 31. (α. Die Fruchtproduction.) — Das deutsche Recht geht von der Idee aus, daß den Anspruch auf die Frucht derjenige hat, welcher die Arbeiten zur Gewinnung der Frucht vorgenommen hatte [1]), es tritt hier also der Begriff der Industrialfrüchte d. h. solcher Früchte, für deren Gewinnung eine

1) G. E. Heimbach, die Lehre von der Frucht. (1843) S. 275.

gewisse Arbeit als nothwendig vorausgesetzt wird, besonders hervor[2]). „Man dachte sich im altdeutschen Rechte den Anspruch auf die Frucht mit der aufgewendeten Arbeit so innig verbunden, daß wenn nach dem gegebenen Worte die Frucht eines Jahres an einen Anderen als den Arbeiter [wenn wir von dem wissentlich fremdes Gut Bestellenden absehen] abgegeben werden muß, jener wenigstens zur Erstattung der Arbeit und Mühwaltung ohne Weiteres verpflichtet ist“[3]). Ferner aber „soll Niemand, dem ein von ihm besessenes Gut angestorben, geschenkt oder geliehen worden, und der es auch Niemandem genommen hat, wenn es ihm abgestritten wird, verpflichtet sein, etwas von dem was er aus dem Gute genommen hat zurückzugeben, wofern er sich nur der Vertretung desselben vor Gericht nicht weigerte“[4]). Die erarbeitete Frucht ist *verdientes Gut*[5]), die Frucht *gehört* dem Arbeiter schon vor der Separation [d. h. sie wird zu seinem materiellen Vermögenskreise gerechnet, man darf aber nicht sagen, daß schon ein „*Eigenthumserwerb*“ gleich mit der Vollendung der Arbeit angenommen würde][6]), und „die Befugniß, verdientes Gut definitiv zu behalten, berechtigt dann auch den Arbeiter zur Vornahme der Separation und der übrigen zur Einsammlung der Frucht nothwendigen Arbeiten auf fremdem Grund und Boden“[7]). Es ist danach nöthig, genauer in Betreff der einzelnen Früchte durch besondere Satzung festzustellen, von welchem Momente an die zur Erzeugung nothwendigen Arbeiten als geschlossen zu betrachten sind, von welchem Zeitpunkte also die

2) Heimbach. a. a. O. S. 273.

3) Heimbach. S. 279. 280.

4) Heimbach. S. 283.

5) Heimbach. S. 276.

6) A. M. Heimbach. S. 282.

7) Heimbach. S. 285.

31 Früchte dem, der diese Arbeiten vollendet hat, „angehören" [8]). Dieser Zeitpunkt ist insbesondere für die Feldfrüchte der, wenn die Egge über den Acker gegangen ist, für Gartenfrüchte, wenn der Garten besäet und beharkt ist, für Zehnten sind bestimmte Kalendertage angesetzt [9]). Es ist endlich nöthig, genauer festzustellen, welche Früchte überhaupt als Industrialfrüchte aufgefaßt werden (so insbesondere die Weinfrucht, Rüben, Bohnen, Salat, Gemüse, Getreide) und welche nicht (so insbesondere Birnen, Kirschen, Aepfel u. dergl.) [10]).

Es kam hier nur darauf an, diese Sätze des Deutschen Rechts kurz zu referiren. Unsere Frage ist, auf welchem Principe sie ruhen. Ich habe vorher nachgewiesen, daß es unrichtig ist, das Römische Recht des Fruchterwerbes mit Scheurl auf das Arbeitsprincip zurückzuführen. Andererseits kann man nun aber auch nicht sagen, daß das Deutsche Recht richtig erklärt sei, wenn man es mit Heimbach auf folgenden Grund zurückführt. „Man dachte sich, sagt Heimbach, den Begriff verdientes Gut als einen Vermögenserwerb, welcher dem Erwerber nicht abgefordert werden kann, und mithin auch auf dessen Erben übergeht. Man beschränkte deßhalb auch den Begriff nicht bloß auf den Fruchtertrag, sondern erstreckte ihn auf alle Nutzungen, welche aus irgend einem Vermögensstücke gezogen werden können" (S. 277). „Man behandelte die Sache vom Standpunkte des Vermögenserwerbes" (S. 278). „Das Deutsche Recht nimmt einen Eigenthumserwerb an der Frucht schon vor der Separation an. Der Erwerb wird an die

8) Heimbach. S. 278.

9) Heimbach. S. 290. Abgesehen von besonderer Feststellung wird meist das Erworbensein der Früchte dann angenommen, wenn die Mehrzahl der zur Erzeugung nothwendigen Arbeiten vollendet ist. Heimbach. S. 294.

10) Heimbach. S. 294.

Vollendung gewisser Arbeiten geknüpft, die zur Fruchterzeugung nothwendig waren, die letzte gilt schon dann als verdient, wenn ein bestimmter Termin vorüber ist. Separation und Perception ist nach Deutschem Recht zum Fruchterwerb nicht nöthig. Diese Thatsachen, welche den Ansichten des Pandektenrechts geradezu widersprechen, finden ihre natürliche Erklärung in dem Standpunkte, von welchem das Deutsche Recht bei der Erörterung des Fruchtbegriffs ausgeht, d. h. von dem der Vermögensvermehrung" (S. 282).

Heimbach nimmt also an, daß für das Deutsche Recht ein „natürlicher" Grund vorliege, aber man wird ihm keineswegs die eigentliche ratio des Deutschen Rechts in der angegebenen Weise als richtig bezeichnet zugeben können. Es wird auch von ihm naturalis ratio und Rechtssatzung durcheinandergemischt. Es ist ein naturales Princip, daß was ich schaffe mein ist, oder „was ich gearbeitet habe mir angehört" (S. 275); dieser Natursatz geht durch die ganze Welt, er ist aber noch durchaus keine „Rechtsidee", sondern nur ein in der aggregirten Gesammtheit feststehender Satz, daß das Individuum das Object, welches es geschaffen hat, als mit seiner Person identificirt betrachtet. Dieser Natursatz (der auch ganz gleichartig darin hervortritt, daß ich das Buch „mein" nenne, welches ich geschrieben habe, also in dem s. g. geistigen Eigenthum) läßt aber noch nicht im Geringsten einen unmittelbaren Schluß auf das Recht des Eigenthums zu. Wenn nun ein positives Recht bei der Production von Früchten körperlicher Sachen durch den Menschen von jenem naturalen Arbeitsprincip ausgeht, so heißt das zunächst nur, daß dieses positive Recht die wirkliche factische causa efficiens des Entstehens der Früchte auch als juristische materielle causa betrachtet wissen will, in Folge deren der Arbeitende Eigenthümer

31 werden wird. Aber damit sagt dies Recht noch keineswegs, *wann* der Arbeiter Eigenthümer wird.

Den Eigenthumsbegriff kennen die Deutschen, trotz aller Besonderheiten ihres Rechtes der Gewere, gerade so gut wie die Römer und die Griechen[11]). In diesem Begriff liegt, daß

---

11) S. in Betreff der Griechen Meier und Schömann Attisch. Proc. S. 491. — In Betreff der Deutschen s. z. B. Lex Baiuvar. 17. 2: de his qui *propriam alodem* vendunt vel quascunque res, et ab emtore alter abstrahere voluerit ... dicens *quod sua fuerit* ... respondet firmare volo. 15. 11 §. 1: dicit: istud mancipium *ego comprehendi* extra terminum ubi dux exercitum duxit .... aut si aliqua ornamenta sint, dicit: quod mancipii mei ex *propria mea materia laboraverunt et fecerunt* .... *propterea* tradidi et firmabo. §. 2: Si .. firmare ... non potuerit per haec verba veraciter ... eo quod valde reprehensibilis est *res alterius dare*. §. 4: dicit: pater meus reliquit mihi in hereditatem aut *ego* in propria domo *enutrivi illum de proprio meo mancipio natum*; similiter de iumentis vel huiusmodi quae fuerint adserere potest. Decret. Tassil. 14 (16) *a propria* alode alienus efficiatur. Cap. II Carol. M. a. 803 (6): qui *res suas* pro anima sua ad casam Dei tradere voluerit. Cap. I Ludov. Pii. a. 819 (6): si quis *res suas* ..... cuilibet alteri tradere voluerit ..... et coram eis *rerum suarum* traditionem faciat. Form. Lindenbr. 17: portiones *meas* ... quae mihi tam de alode quam de comparato vel de quolibet adtracto *advenit vel legibus advenire potest* ..... totum et integrum .... *perpetualiter trado atque transfundo de meo iure in eorum dominationem* ad possidendum, ut *quidquid* ... *exinde facere voluerint*, *liberam ac firmissimam in omnibus habeant potestatem faciendi.* Dipl. ap. Grimm. R. A. p. 492 (a. 760): de terris *iuris mei*, quas mihi genitor meus dereliquit. Dipl. ap. Grimm. R. A. p. 196 (a. 868): dono legaliter per festucam et andelaginem *rem proprietatis meae.* Dipl. ap. Menken. script. rer. germ. I. 770 (a. 1181): Henricus et Wernerus de Stechowe .... *possessionem suam* .... iure et iudicio Franconum .... contradiderunt. Sachs. Sp. I. 9 §. 5. 6: Sve ok dem anderen *gut* in siner were let .... Wirt aver ime oder ieneme, dem he't laten sal, de were gebroken mit rechte, he sal ime *sin gut* weder geben, dat ime dar up gegeven was. I. 15 §. 1: Sve dem anderen *sin varende gut* lit oder sat ..... mach aber iene, de't in geweren hevet, *sin varende gut* dar an getügen oder *sin erve gut* ... I. 31 §. 2: Svenne en

das ganze Verhältniß nicht denkbar ist, ohne ein körperlich dem Subject gegenüberstehendes Object [12]), daß also so gut wie das Verhältniß factisch aufhört mit dem Untergang des Objects, so es auch factisch noch nicht entstanden ist vor dem Vorhandensein des Objects. So wenig nun das Römische Recht in dem Satze, daß in gewissen Fällen bei der rei vindicatio die fructus

man wif nimt, so nimt he in sine gewere *al ir gut* to rechter vormuntscap. I. 32: Sprickt se, dat it *ir egen* si, unde wirt se dar af gewiset mit rechte, se hevet beide *egen unde liftucht* dar an verlorn. I. 52 §. 1: ane echt ding ne mut neman *sin egen* ... geven. II. 29: Sveme *enes anderen mannes have* ... in watere to vlüt. II. 36 §. 6: Man mut wol tien uppe mangen geweren die ene uppe den anderen also lange went man kome uppe den (den Eigenthümer) *de't in sime stalle getogen hebbe* of it ve is, oder *it selve getiücht hebbe* of it gewand is. II. 37 §. 1: Svat so jeman vind ... kumt jene binnen ses weken, *deme dat gut tohort.* II. 57: Al sie *en gut manges mannes, also dat dat en von dem andern hebbe* .... deme, die't in ledichliken geweren hevet. II. 60: Svelk man enen anderen liet oder sat perde, oder en kleid oder jeneger hande *varende have* .... verkoft se die, die se in geweren hevet .... Stirft aver jene ... so tie he sik *to sime gude* ... III. 22 §. 3. Underwinden mut sik ok wol en man *sines gudes,* svar he't süt, mit rechte. III. 83 §. 3. Svie *egen oder varende have verkoft* des sal he gewere sin die wile he levet; man sal aver ime *dat gut* laten in sine gewere. Bair. Landr. (Heum. Opusc. p. 106): Wer den andern anspricht, er hab in *seins aygens* ..... entwert mit gewalt on recht. — Diese Stellen werden auch ohne hinzugefügte Beweisführung, auf die ich hier nicht eingehen kann, zeigen, daß den Deutschen der Begriff des Eigenthums, als der definitiven substantiellen Macht des Subjects über die körperliche Sache, auch gerade im Gegensatz zum besonderen Recht der Gewere, durchaus bekannt ist. Danach wird einleuchten, wie wenig richtig es ist, wenn Voigt (jus naturale II. 1. S. 445) sagt: „das germanische Recht, dem nicht einmal das Eigenthum, geschweige denn ein anderes jus in re bekannt ist, indem vielmehr die Beziehung des Subjects zu dem Objecte in dem Begriffe der Gewere auf das Gebiet des Obligationenrechts übergeleitet wird".

12) S. diese Studien. Erstes Heft S. 33 oben.

31 consumti restituirt werden müssen[13]), noch irgend Jemandem das Eigenthum daran zuschreibt, so ist auch ebensowenig aus dem deutschrechtlichen Satze, die Früchte seien seit dem Beeggen des Ackers, dem Behacken des Gartens verdientes Gut des Arbeiters, die Folgerung abzuleiten daß die künftigen Rüben, Bohnen, Salat, Gemüse u. s. w. schon jetzt mein Eigenthum seien, wenn ich den Bohnen-, Rüben- u. s. w. Samen in die Erde geharkt habe. Ist es denn ein Widerspruch, daß man von der dos sagt: quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est[14]), oder daß man von dem in ein fremdes Haus eingebauten Bausteine sagt, „er gehört mir", obgleich zunächst das Haus als Ganzes dem Anderen gehört? So wird man nach jenem deutschrechtlichen Satze als wirkliche Intention des Deutschen Rechts sagen müssen, daß gleich, wenn die Bohnen und Rüben vom Grundstücke getrennt sind, sie ipso jure ins Eigenthum des Arbeiters fallen, ja auch wohl daß er nach dem Gereiftsein der Frucht einen Rechtsanspruch auf Trennung hat[15]), aber nimmermehr, daß man nach Deutscher Rechtsansicht schon mit dem Einharken des Bohnensamens Eigenthümer der zukünftigen Bohne sei. Heimbach verwechselt hier den äußeren Act des Eigenthumserwerbes und die naturale materielle causa des Eigenthumserwerbes. Wenn man, wie das Deutsche Recht thut, den Eigenthumserwerb auf die naturalis ratio der subjectiven Arbeit oder des Verdienens reducirt[16]), so bleibt es dabei doch immer nothwendig, auch wenn

---

13) §. 35 I. de rer. div. 2. 1.

14) fr. 75 de jure dot. 23. 3.

15) Gewährt doch auch das Röm. Recht eine act. ad exhibendum auf Trennung von Sachen, die zunächst als Stück einer anderen im Eigenthum eines Zweiten sind. Wie im Genaueren der Rechtsanspruch des Deutschen Rechts juristisch construirt ist, kann hier dahingestellt bleiben.

16) S. auch oben §. 24 vor Note 3.

die materielle causa des Verdienens oder der Fruchtbestellung als subjectiv vollendet schon vorliegt, noch die Entstehung der Sache als einer selbständigen abzuwarten, ehe wir alle factischen Momente des Eigenthumsverhältnisses als vorhanden betrachten können. Es besteht gar kein Grund, daß den factischen Sätzen des §. 27, wann ein Sachindividuum vorliege, das Deutsche Recht mit jenem Rechtsprincip des Verdienens der Frucht entgegentreten wolle, und daß also auch nach Deutschem Recht der Arbeitende das Eigenthum an der Frucht nicht erst mit der Trennung der Frucht erwerbe.

Ueberdies ist nun von Heimbach die eigentliche in dem Deutschen Rechte hervortretende naturalis ratio gar nicht genügend hervorgehoben worden. Nicht die Vermögensvermehrung, für die nur ein gewisser Termin der Vollendung bestimmter Arbeiten oder der Ablauf eines gewissen Zeitraums des Fruchtreifens vorüber gegangen sein müßte, ist die ratio. Also nicht das objective Moment liegt hier vor, daß sich an die Hauptsache eine andere Sache (die Frucht) ansetzt und durch den Arbeitenden als Samen hineingelegt wird [17]), so daß die eine Vermögenssache nur mit einer anderen vermehrt worden wäre, die dem Hineinlegenden auch noch während der Verbindung eigenthümlich gehörte und dann hinterdrein wieder daraus zurückgezogen würde. Vielmehr das rein subjective Princip des Arbeitens, des Verdienens, ist der Ausgangspunkt des Deutschen Rechts. Der Arbeiter ist Urheber der Frucht, die Sache, auf oder an der die Frucht wächst, ist doch nur das willenlose Werkzeug in der Hand des cultivirenden Menschen; der Mensch ist die eigentliche causa efficiens der Frucht, und eben deßhalb soll er, sobald die Cultivirung nur überhaupt einen

17) Das Deutsche Recht ist durchaus nicht etwa an das Substantialprincip des Erwerbs durch den eingestreuten Samen (s. §. 29 Note 5) anzuknüpfen.

31 bestimmten Abschluß bekommen hat, von da an schon rechtlich sicher sein, daß ihm die Frucht bei der Trennung zu Eigenthum zufallen wird, die er durch die Cultur der Hauptsache sich verdient hat.

32 §. 32. Das Deutsche und das Römische Recht stehen sich nach den bisherigen Ausführungen in Betreff der Fruchtproduction folgendermaßen gegenüber. Es sind nicht beliebige willkürliche Gesichtspunkte, von denen das eine und andere Recht ausgeht, sondern feste naturale Begriffe. Der nationale Geist eines Volks erfaßt den einen, und gestaltet danach sein Recht. Nicht daß er den anderen Gesichtspunkt gar nicht zu kennen brauchte [1]), aber je nach dem Charakter und der Anschauungsweise dieses bestimmten Volks wird er bei Seite geschoben. Der Deutsche betrachtet bei der Frucht die Mühe des Menschen als überwiegend, der Römer dagegen das schon bestehende Verhältniß. Wer sich bereits nach anderweiten Gründen die ganze Sache zurechnet, und danach sich auch in die Lage versetzen wird, sie zu beherrschen, zu cultiviren oder von anderen Cultivirenden abzuholen, zu dem tritt nach Römischer Anschauung kraft des schon bestehenden Verhältnisses die Frucht rein objectiv hinzu. Es ist richtig, daß die Frucht als eigene

1) Auch von den Römern ist der Begriff der Arbeit, als eigentliche factische causa efficiens eines großen Theils der Fruchtziehung, vollkommen klar erkannt. fr. 48 pr. de acq. rer. dom. 41. 1: Bonae fidei emtor non dubie percipiendo *fructus* etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, *qui diligentia et opera eius pervenerunt,* sed omnes, quia, quod ad fructus attinet, loco domini paene est. fr. 45 de usuris 22. 1: Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit illos tantum, *quos suis operis acquisierit, veluti serendo.* Nam si pomum decerpserit, vel ex silva ceciderit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, *quia non ex facto eius is fructus nascitur.* s. die Erklärung dieser letzteren Stelle bei Böcking Pand. II. §. 151 Note 32 (nicht richtig Dernburg Krit. Zeitschr. I. S. 146).

Sache erst mit der Trennung entsteht, aber darum tritt doch für 32
den Erwerb der Frucht kein neuer Grund ein, sondern das schon bestehende Eigenthumsverhältniß d. h. ein Kreis, den das Subject um das Object gezogen hat, *bleibt* bestehen. Die Frucht fällt eben nicht aus diesem Kreise heraus, sie *bleibt*, indem sie als getrennte Frucht neben der Hauptsache liegt, in demselben *Verhältniß* zum Subjecte jetzt als selbständige Sache, in dem sie vorher als Stück der Hauptsache gestanden hatte, so gut wie die aus dem Holz gebrannte Kohle in demselben Eigenthumsverhältniß bleibt, in dem das Holz gestanden hatte [2]).

2) Man kann nicht mit v. Vangerow P. I. §. 326 Anm. 1 (6. Aufl. S. 704) sagen: „das Eigenthum an den reell getrennten Theilen ist durchaus nichts, als das *frühere* Eigenthum am Ganzen; das Eigenthum an den separirten Früchten aber ist ein *neues* Eigenthum. Als Eigenthümer einer Sache *habe* ich auch das Eigenthum der einzelnen Theile und *erwerbe* das Eigenthum der separirten Früchte. Dieses Eigenthum an den Früchten ist also nicht das frühere Eigenthum an der fruchttragenden Sache selbst, sondern es ist nur eine *Folge* desselben". — Wenn man an der Frucht ein ganz neues Eigenthumsverhältniß statuirt, so muß man damit nothwendig den *begrifflichen* Durchgang der Frucht durch den Zustand der res nullius annehmen (vgl. §. 28 hinter Note 2) wie dies für die specificatio die Römer auch entschieden anerkennen (s. unten §. 35 Note 3). Dann aber hat man für die Erklärung des Satzes, daß aus dem früheren dies ganz neue entstehen soll, lediglich die Berufung auf das: lex ita scripta est; eine naturalis ratio ist dann für den Fruchterwerb des dominus (§. 19 I. de rer. div. 2. 1) gar nicht vorhanden. So ist es aber nicht. Das Eigenthum ist ein in Betreff der Sache realisirtes und den Mitmenschen gegenüber constatirtes *Machtverhältniß*, das schon in seinem *factischen* Bestehen, weil es die ganze Substanz durchdringt, durch bloße objective Sachveränderungen an sich nicht tangirt wird. Eigenthum ist ein Verhältniß von Subject zu Object; das Verhältniß bleibt auch wenn das Object sich wandelt: a) auch wenn ein Theil von der Sache abgetrennt wird, findet eine Wandelung der Sache statt, denn vorher habe ich *im Ganzen* nicht den Theil als solchen; und doch bleibt das *alte* Eigenthum (fr. 23 §. 5 de rei vind. 6. 1: „non posse dici brachium tuum esse"). b) Ferner auch bei Sachveränderungen die die Substanz nicht zer-

32 Nach Deutschem wie nach Römischem Recht wird man Eigenthümer der Frucht im Moment der Trennung, aber nach Deutschem Recht deßhalb, weil man sich die Frucht (durch Arbeit) subjectivirt hat, nach Römischem Recht deßhalb, weil man sich schon früher die Hauptsache (durch Arbeit oder andere Gründe) subjectivirt hatte.

Es ist nicht zu läugnen, daß der Nationalgeist der Völker, jenachdem er sich den einen oder anderen dieser beiden Gesichtspunkte aneignet, auch wesentlich von climatischen Verhältnissen abhängig sein kann. Im Norden, wo dem Grund und Boden mit schwerer Mühe die Erträgnisse abgerungen werden müssen, wo das Vieh sorgfältiger Wartung, Pflege und Schützung bedarf, tritt das subjective Moment der Arbeit ganz überwiegend hervor, im Süden, wo der Boden kaum beackert

stören (fr. 24 de acq. rer. dom. 41. 1: materia manente species duntaxat mutata) bleibt das alte Eigenthum factisch fortbestehen („me eorum dominum *manere*"). c) Ebenso wenn an meine Sache eine andere accessione sich anfügt, so bleibt das alte Eigenthum am Ganzen (fr. 26 §. 1 eod.: tota enim *eius sunt cuius ante fuerant*) und doch kann man der äußeren Erscheinung nach sagen, daß man nun Eigenthümer vom Ganzen werde (fr. 23 §. 2 de rei vind.: dominum eius totius rei *effici*) oder daß man die Accession erwerbe (fr. 23 §. 4 eod.: in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit, *meamque efficit*). d) Endlich auch bei der sich trennenden Frucht bleibt mein altes Eigenthumsverhältniß, so gut wie bei dem von der Statue abgetrennten Arm; weil das alte Machtverhältniß auch in der abgetrennten Frucht fortbesteht wie im abgetrennten Arm (da die Abtrennung keine Tilgung der Substanz enthalten kann), so bin ich schon naturali ratione (in Folge des factisch Bestehenden) im Moment der Trennung der Frucht Eigenthümer derselben, d. h. die Frucht fällt von selbst factisch in den Kreis des für die Hauptsache vorhandenen Verhältnisses; also sie wird nicht erst in Folge besonderen willkürlichen Rechtssatzes, sondern *ex ipso corpore* erworben (§. 29 Note 6). e) Endlich sogar bleibt das alte Eigenthum, wenn ohne subjective Specification das alte Verkehrsobject vernichtet wird (§. 28 Note 6 „ex lana furtiva vestimentum" und das Beispiel des §. 34 Note 2). Diese sämmtlichen Gestaltungen a — e sind nur verschiedene Anwendungen des einen Substantialprincips. s. §. 28 a. E.

und besäet zu werden braucht, die Thiere kaum des Stalls und 32
des Behütens bedürfen, tritt dem Menschen das Substantialprincip als das Bedeutendere hervor. — Es ist auch ferner nicht zu verkennen, daß nach dem Gesichtspunkt der practischen Zweckmäßigkeit (utilitatis causa) das eine Princip vor dem anderen unter gegebenen Verhältnissen den Vorzug verdienen kann, und in dieser Hinsicht werden wir, auch wohl ohne besondere Vorliebe für das Römische Recht, letzterem eine wesentlich größere Brauchbarkeit zuschreiben müssen. Es kommt nämlich immer doch eine große Zahl von Früchten vor, bei denen die menschliche Arbeit so zurücktritt, daß sie nicht der Rede werth ist. Das Aufziehen und Pflanzen des Apfelbaums vor zwanzig Jahren kann doch unmöglich der eigentlich entscheidende factische Grund für den Erwerb der heute davon abgefallenen Aepfel genannt werden, und so nehmen denn also Deutsches Recht (s. §. 31 Note 10) wie Römisches Recht (s. §. 32 Note 1) die Aepfel und dergl. nicht als Industrialfrüchte, wodurch für das Deutsche Recht das Unbequeme entsteht, wegen dieser außerhalb des Arbeitsprincips liegenden Früchte besondere Rechtssätze aufstellen zu müssen. Ebenso unbequem ist die Frage darüber, wann denn eigentlich die Arbeit und Bestellung als geschlossene Thatsache betrachtet werden soll, da ja bei manchen Früchten die Sorge und Pflege bis zum Aberndten sich fortzieht; und danach können denn auch die Zeitpunkte, welche hier das Deutsche Recht aufstellt (s. §. 31 Note 9), im Grunde nur willkürliche genannt werden, die für Deutschland passen mögen, aber bei etwas veränderten Bodenverhältnissen schon von selbst unbrauchbar werden. Es kommt endlich noch namentlich auf Folgendes an. Der eigentliche Gehalt der menschlichen Arbeit, als naturalen Grundes des Eigenthumserwerbes, ist der des subjectiven Neumachens, des die Sache in ganz neue Gestalt und Lage Bringens; und in der

32 That macht der Mensch, wie ich im §. 30 hervorhob, durch die Cultivirung des Bodens, der Pflanzen, der Thiere die Dinge allmälig zu ganz anderen. Also in der Fruchtproduction steckt in einem sehr weitgehenden Sinn der Begriff menschlicher Schöpfung. Aber es besteht dabei das Besondere, daß diese Umgestaltung nur erst im großen Ganzen in der Reihe der Generationen vor sich geht. Für das Individuum, welches im concreten Falle das Getreide vom Acker, das Gemüse aus dem Garten, den Apfel vom veredelten Baume, das Kalb von der Kuh erzielt, tritt dies als völlig unscheinbar ganz zurück. So erscheint also die Arbeit des einzelnen Menschen mehr nur als Werkzeug der schaffenden Natur, während umgekehrt bei der Fruchtproduction in der Menschheit als Ganzem die Natur mehr nur als Werkzeug des schaffenden Menschen dasteht. Da nun aber der tiefste oder der Urgrund des Eigenthums das kämpfende und arbeitende Schaffen, die erzeugende That des Menschen ist, so muß dies die nothwendige Folge haben, daß für das Einzeleigenthum des Individuums an der einzelnen producirten Frucht die menschliche Arbeit nicht der volle Ausdruck des naturalen Grundgedankens ist. Um so eher kann deßhalb auch der Nationalgeist eines Volkes dahin kommen, sich hier von dem Arbeitsprincip ab- und dem Substantialprincip zuzuwenden.

Das haben die Römer gethan und darin wiederum jenen juristisch-practischen Sinn bewährt, der schon in der Anlage zeigt, daß ihr Recht sich zu einem allen civilisirten Völkern brauchbaren Weltrechte entwickeln konnte.

33 §. 33. Der Eigenthümer der Hauptsache wird separatione Eigenthümer der Frucht. So sagt nach dem viel umfangreicheren naturalen Substantialprincipe das Römische Recht. Die übrigen Sätze dagegen, welche das Römische Recht noch ferner aufstellt in Betreff des Eigenthumserwerbes der Früchte

durch Nichteigenthümer der Hauptsache, sind von diesem natura- 33
len Grundprincipe der Fruchtproductionslehre völlig zu trennen. Sie sind entweder weiterer civiler Ausbau dieses Princips, oder Consequenzen anderer naturaler Sätze.

1) Civiler Ausbau jenes Princips ist Folgendes. Dem Eigenthümer ist nach Röm. Recht vollkommener Rechtsschutz, insbesondere auch Vindication gegeben. Ist nun an Stelle dieses Eigenthümers die Vindication in Folge weiterer Rechtsinstitute einem Anderen zugestanden, so hat dieser Andere damit die Macht (die als Selbsthülfe und Rechtsschutz zunächst nur für den Eigenthümer vorausgesetzt wird), die Sache von dritten Personen abzuholen. Indem er hier durch positive Rechtsgestaltung an Stelle des Eigenthümers tritt, so fordert eine harmonische Construction des positiven Rechtes, daß es ihm auch den Fruchtanfall wie dem Eigenthümer zugestehe. Unter diesen Gesichtspunkt fallen, ohne daß das positive Recht diese Fälle nicht vermehren könnte, der Emphyteuta der Pfandgläubiger und der bonae fidei possessor. Ich habe nicht die Absicht auf das Detail der hierbei sich erhebenden Fragen einzugehen [1]), nur Ein Punkt bedarf in unserer den Principien des Eigenthumserwerbes nachforschenden Untersuchung der Erwähnung. Es ist die Frage, wie im Genaueren der Grund zu fassen sei, aus dem der bon. fid. possessor das Eigenthum der Früchte erwirbt.

In dieser Hinsicht stellt Dernburg [2]) als „richtige" Auf-

1) Ich verweise vorzüglich auf Böcking P. II. §. 151.

2) Krit. Zeitschr. I. S. 145. 146, gebilligt von Arndts P. §. 156. Not. f. Ich übergehe andere aufgestellte und schon von Anderen widerlegte Ansichten über den Grund des Eigenthumserwerbes des bon. fid. poss. s. z. B. Böcking a. a. O. Note 31 a. E. — Daß ich übrigens der Ansicht bin daß der bon. fid. possessor zweifellos Eigenthum, nicht bloß wieder bon. fid. poss., erwirbt, ergiebt sich aus der nachfolgenden Dar-

33 fassung eine Erklärung auf, die er für so nahe liegend hält, daß dies vielleicht der einzige Grund sei, warum sie bis dahin noch nicht vollständig gefunden worden. Im Augenblick der Trennung der Frucht entstehe eine ganz neue Sache (s. oben §. 27 Note 2). Wem diese gehöre, darüber habe das alte Civilrecht Nichts gesagt. Es verstand sich zu sehr von selbst und kein Richter konnte zweifeln, sie dem Eigenthümer und Bebauer des fruchttragenden Gegenstandes zuzusprechen. Nostrum est quod ex re nostra fit (vergl. oben §. 28 Note 6) fr. 25 §. 1 de usuris „dominis praediorum tributum est" (vergl. oben §. 29 Note 6). — Diese Auffassung halte ich für unhaltbar, und durch die bisherige Darstellung widerlegt. Das Röm. Recht enthält keineswegs eine Vermischung des Arbeitsprincips und des Substantialprincips, sondern ganz rein das Substantialprincip. Dies beweist sich, abgesehen von allem Anderen, schon daraus, daß wenn der Eigenthümer verpachtet, also nun der Pachter auf eigene Rechnung der Bebauer wird, nichtsdestoweniger die separirte Frucht ins Eigenthum des Grundeigenthümers fällt. Danach ist denn auch das fr. 25 §. 1 de usuris mißverstanden, welches, vom bonae fidei possessor redend, bei diesem das Arbeitsprincip voraussetzen und aussagen soll, der dominus erwerbe die Früchte ebenfalls nach dem Arbeitsprincip. Die Stelle redet im Gegentheil lediglich vom Substantialprincip (jus corporis *ex quo* percipiuntur inspicitur) und zeigt,

---

stellung von selbst. Aus dem Satze, daß dem (quiritischen) Eigenthümer das Eigenthum an den Früchten kraft des Substantialprincips (s. §. 32 Note 2) erworben wird, folgt noch keineswegs, daß es mit der Absonderung der Frucht in allen Punkten „genau dieselbe Bewandniß" habe, wie wenn ein Arm von der Statue gebrochen wird (Savigny Recht des Bes. 6. Aufl. S. 313), und daß nicht auch der bon. fid. possessor und der bonitarische Eigenthümer in percipiendis fructibus id juris haben könne, quod dominis (ex jure Quiritium) tributum est (§. 29 Note 6).

daß auch für den bonae fidei possessor, wie für den dominus, lediglich das Substantialprincip von den Römern angenommen worden ist (quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est, s. §. 32 Note 1). Die Stelle beweist also schon die Unmöglichkeit der nun folgenden weiteren Ausführung Dernburg's. — „Viel zweifelhafter", so fährt er nämlich fort, „stand es, wem die Frucht gehörte, wenn sie nicht durch die Cultur und unter der Obhut des Eigenthümers, sondern eines dritten Besitzers erzeugt wurde. Hier eröffnete sich ein Kampf zwischen Industrie und Kapital. Aber zuletzt führte der practische und billige Verstand der Richter, nicht gehemmt durch irgend eine civilrechtliche Regel, dahin, dem das Eigenthum zuzusprechen, der das beste Theil dazu gab: die Thätigkeit §. 35 I. de rer. div. 2. 1. *naturali ratione* placuit, fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. Aus diesem Gedanken entwickelten sich allmälig die Grundsätze, welche sich im neuesten Rechte finden".

Ich muß mich zunächst hier wieder dagegen erklären, daß man unter naturalis ratio den „practischen und billigen Verstand der Richter" verstehe (s. auch §. 24 Note 1—3), und daß man bei den Römern in Fällen, wo gerade das Bestehen eines Rechtssatzes geläugnet wird, die Rechtssätze aus dem Verstande der Richter geholt habe. Man kann, wenn man die naturalis ratio so mit subjectiver Billigkeit verwechselt [3]), damit zu Allem und Jedem gelangen, wie ja auch gleich Dernburg hier damit beweist, daß es sich „von selbst verstand und kein Richter darüber zweifeln konnte", es erwerbe der Eigenthümer kraft seines Eigenthums und kraft des Arbeitsprincips die Früchte. Es ist völlig zu läugnen, daß das Substantialprincip als Stück des

3) Es kann kommen, daß (civilis oder naturalis) ratio und aequitas zusammentreffen, an sich aber sind es ganz verschiedene Begriffe. s. auch diese Studien Erstes Heft S. 96 Note 1.

33 Eigenthumsbegriffs nicht schon als Theil des alten Civilrechts aufzufassen sei; und andererseits, als sich nun später das Rechtsinstitut der bon. fidei possessio bildete mit dem Gedanken, daß man den bon. fid. possessor loco domini betrachte, so lange der dominus nicht auftritt[4]), da lag es wiederum nicht in dem ungehemmten Verstande der Richter hier sich das Behandlungsprincip des Fruchterwerbes erst zu suchen, sondern es war einfach gegeben, daß der bon. fid. possessor lediglich nach dem Substantialprincip die Frucht erwerbe.

Was sagt denn nun aber die Stelle, auf die lediglich diese Ansicht Dernburg's gestützt ist[5])? Etwas völlig Anderes. Sie redet von der Frage, die ich in dem vorigen Hefte dieser Studien behandelt habe, daß nämlich Fruchtziehung und Verwendungen *naturali ratione* sich decken, daß man also das Eine für (*pro*) das Andere hat[6]). Es ist deßhalb, wie Böcking

4) Auf eine Untersuchung, was im Genaueren die ratio des Instituts der bon. fid. possessio ist, kann ich mich hier nicht weiter einlassen. Eine richtige (obgleich nicht ganz richtig ausgedrückte) aber noch nicht erschöpfende werthvolle Hinweisung giebt wie schon oben bemerkt wurde (§. 11 in fin.) Böcking P. §. 151 Note 19. „jener Grund ist der Begriff des rechtlichen [besser: materiell befugten] Willens des Subjects".

5) Sie lautet vollständig so: Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit, *naturali ratione* placuit *fructus, quos percepit, eius esse pro cultura et cura;* et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo *consumtis* agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est, itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere.

6) S. diese Studien zweites Heft §. 5, insbesondere Note 6. Vgl. damit fr. 51 pr. fam. erc. 10. 2: quare fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt, habita ratione impensarum. Qui vero ante litem contestatam percepti fuerint aequaliter ad omnes heredes per-

a. a. O. §. 151 Note 31 ganz richtig bemerkt, in den Worten pro cultura et cura gar nicht der Grund, weßhalb der bon. fid. possessor Eigenthümer der Früchte wird, bezeichnet. Nur darin hat dann auch wieder Böcking nicht Recht, daß er meint, die Stelle rede doch überhaupt noch von diesem Grunde, den sie für naturalis ratio erkläre, und sie habe die Art, wie der bon. fid. possessor Eigenthümer wird, vor Augen. Die Stelle spricht ja auch von den consumirten Früchten, sie sagt auch von diesen (die ja nicht mehr im Eigenthum stehen): eius esse pro cultura et cura. Sie spricht gar nicht von der Art wie er Eigenthümer wird, sondern wie, nachdem er Eigenthümer geworden ist und die Früchte percipirt hat, er sie wegen seiner Arbeit (pro cultura et cura) nicht herauszugeben braucht. Er hat hier in Betreff der vorhandenen percipirten eine exceptio doli [7]), ja noch weitergehend (et ideo) in Betreff der consumirten ist daraus der engere Satz abgeleitet, daß er die letzteren (auch wenn gar keine besonderen Kosten und Auslagen zu berechnen sind) einfach auf seine Mühe und Bewahrung der Sache anrechnen darf. Mit der naturalis ratio, von der die Institutionenstelle redet, soll also gar nicht der Grund des Eigenthumserwerbes sondern der Natursatz bezeichnet sein, daß Nutzung einerseits und Geld- Zeit- und Kraftverwendung in Cultivirung und Custodirung von Sachen andererseits sich balanciren [8]).

2) In der Römischen Fruchtproductionslehre kommen ferner

---

tinebunt, sed et impensarum ratio haberi debet, quia nullus casus intervenire potest, qui hoc genus deductionis impediat.

7) fr. 48 de rei vind. 6. 1.

8) fr. 18 §. 2 Commod. 13. 6: nam cibariorum impensae *naturali scilicet ratione* ad eum pertinent, qui utendum accepisset. fr. 36 §. 5 de her. pet. 5. 3: quod non solum in bon. fid. possessoribus *naturalis ratio expostulat*. s. auch Savigny Recht des Bes. (6. Aufl.) §. 22 a. S. 315 Note 1.

33 noch Sätze vor, die ich im Anfange dieses §. als Consequenzen anderer naturaler Sätze bezeichnete. Dahin gehört der erst im Moment des Besitzergreifens erfolgende Eigenthumserwerb von Seiten des Usufructuars und Pachters. Es liegt hierin eine eigenthümliche Verwendung des Traditionsbegriffes, auf die ich, da ohnehin die Tradition selbst noch nicht erörtert worden ist, hier nicht eingehen kann [9]).

34 §. 34. — (*β*. Fabrication aus fremdem Stoff.) — Ich bemerkte in §. 26, daß in einem Volke nothwendig erst die Industrie eine gewisse höhere Stufe der Organisation errungen haben muß, ehe sich in diesem Volke die Frage aufdrängen kann, ob das Fabriciren neuer Verkehrsobjecte einen Einfluß auf die Eigenthumsfrage haben soll. Es ist danach nicht bloß ein Zufall, daß die Specificationsfrage erst in späterer Zeit bei den Römern aufgeworfen worden ist. Jedenfalls ehe die Frage Gegenstand der besonderen Untersuchung und des Streites wurde, ist nicht anzunehmen, daß in diesem Gebiete ein Vacuum bestanden habe. Es liegt in der Natur des Eigenthums, daß, so lange man der Fabrication an sich keine selbständige Bedeutung beilegt, das Substantialprincip Platz greife. Es ist immer festzuhalten, daß dies letztere kein neuer Entstehungsgrund des Eigenthums*verhältnisses* ist. Hat das Subject die Sache einmal in seinen Machtkreis gebannt (was dann auch durch die nationale Sanction als Eigenthums*recht* anerkannt sein kann), so wird durch das bloße objective Sichverändern der Sache das *Verhältniß* des Subjectes über diese Sache nicht verändert. So wenig es mein Eigenthum d. h. meine subjective Beziehung zur Sache, mein befugtes Erworbenhaben der Sache worauf ich eben das Meinsein stütze umgestaltet, wenn z. B. mein Haus allmälig alt und

---

9) S. darüber Böcking P. §. 151 b. §. 153 c.

morsch oder mein Wein sauer wird, so wenig tritt auch (so 34
lange wir der Thatsache der Bearbeitung und Cultivirung keine eigene Bedeutung beilegen) eine Veränderung meines Verhältnisses ein, wenn sich mit der Sache ein Ereigniß zuträgt, wonach aus der Sache eine ganz andere hervorgeht. Also nach der Natur des Eigenthumsverhältnisses bleibe ich Eigenthümer des vom Baum fallenden Apfels, des von der Kuh geborenen Kalbes, trotz dem daß es vollständig richtig ist, die Frucht eine plane alia res zu nennen im Gegensatze zu der Zeit vor der Trennung[1]). Ebenso wenn sich die Sache selbst völlig umgestaltet, also die Sache (als materia oder substantia) ganz in eine neue äußere Gestalt (species) übergeht[2]), so bleibt mein Verhältniß zu dem durch allmäliges Umwandeln der materia hervorgebrachten neuen Dinge unverändert, weil ja die Substanz noch in der neuen species steckt, und es völlig verkehrt ist, der Natur des Eigenthums bloß den Sinn eines auf die äußere Erscheinung der Sache gerichteten Verhältnisses beizulegen (s. §. 28 bei Note 3). Also wenn Jemand meine Sache nimmt, und zu einer neuen species umgestaltet, so bleibe ich (immer unter der Voraussetzung, daß dem Arbeitsprincip hier keine eigene Bedeutung beigelegt werden soll) einfach der Eigenthü-

1) Es ist eben das Wesen des Substantialprincips, daß in keinem Momente eine Unterbrechung des Verhältnisses der Sache zum Subject stattgefunden hat, also auch in keinem Augenblick die Sache in gar keinem Verhältniß zu gar keinem Subject (res nullius) gewesen ist. Dogmatisch genau betrachtet enthalten also die Fälle des Substantialprincips keinen Entstehungsgrund des Eigenthumsverhältnisses (und danach des Eigenthumsrechtes), obgleich es der äußeren Erscheinung nach denn doch gestattet erscheint, da wo eine ganz neue Sache entstanden ist und nichtsdestoweniger das Substantialprincip zur Anwendung kommt, von einem Eigenthumserwerbe zu reden. s. §. 32 Note 2.

2) Z. B. wenn sich mein durch Zufall entzündetes verdecktes Holzlager zur Holzkohle durchgeglimmt hat.

34 mer der neuen species. Ich glaube kein Bedenken tragen zu dürfen, diese Auffassung der Frage, ehe in dem Römischen Verkehrsleben die naturalis ratio des Arbeitsprincips ins Auge gefaßt wurde und Anhänger gewann, zugleich für den Zustand des älteren Römischen Rechtes zu erklären.

Diese Entscheidung der Frage aus dem naturalen Inhalte des Eigenthums heraus ist denn auch von den Sabinianern festgehalten worden; aber noch mehr, sie besteht selbst im Justinianeischen Rechte da wo, wie bei gestohlener und dann specificirter Sache, dem Arbeitsprincip aus besonderen Gründen auch noch jetzt kein Raum gestattet ist [3]). Wir sehen hier also noch im practischen Rechte hervortreten, was nach der vorher gegebenen dogmatischen Analyse auch vollständig innerlich richtig gedacht ist, daß nämlich wir „naturali ratione substantiam spectamus" und also dann, in der neuen Sache lediglich die Substanz ins Auge fassend, weder von einem Aufhören des Eigenthumsverhältnisses noch einem nullius-Werden der Sache und einem neuen Erwerb des Eigenthums reden können.

Aber man kann sich nicht verhehlen, daß dies Festhalten des Substantialprincips doch nur die eine Seite der Sache in sich faßt, bei der man sich nur dann vollständig beruhigen kann, wenn die Umgestaltungen der Materie zu einem anderen neuen Verkehrsobject sich nicht durch ein neben mir, dem Eigenthümer, stehendes Du, sondern durch anderweite Thatsachen (also Zufall) ereignet haben, oder wenn eben besondere Gründe der umgestaltenden That des Du die factische Bedeutung rauben [4]), welche nun einmal der schaffenden Arbeit des Menschen naturali ratione im Uebrigen innewohnt.

3) S. die Stellen in §. 28 Note 6.

4) So ist es in der That nach einer feinen Argumentation des Röm. Rechts beim fur, dem immer in mora befindlichen. Der Grund seines Ha-

Die Macht der industriellen Arbeit, wenn sie sich in einem 31 Volke erst in umfassenderem Umfange organisirt hat, und zur Grundlage des Lebensberufes und der Lebenseinrichtungen einer ganzen Klasse im Volk geworden, ist von einer sehr bedeutenden factischen Tragweite. Indem eine Klasse der Einzelnen als ihren Lebensberuf die Fabricirung gewisser Dinge treibt, gewöhnt sich das ganze Volk bei ihr den Ursprung dieser Dinge zu suchen. Das fabricirte Ding dient gerade in dieser seiner neuen Gestalt ganz anderen Zwecken als die frühere Materie; es beginnt deßhalb auch in dem Verkehr des Volks einen ganz anderen Lauf, als die frühere Materie durch die Hände der Einzelnen hindurch genommen haben würde; es tritt also als ganz anderes Verkehrsobject auf. So gewöhnt sich das Volk dies neue Verkehrsobject auf die Klasse der Fabricanten, als auf ihre Quelle, zurückzuführen. Indem der Topf einen ganz anderen Weg durch den Verkehr des Volks hindurch nimmt, als das rohe Blech oder der Thon aus dem er gemacht wurde, so ist es wohl leicht und möglich den Topf bis auf seinen Anfangspunkt (den Fabricanten) zurückzuverfolgen, aber schwer und unbequem ja oft unmöglich weiter hinauf den Ursprung der einzelnen Stücke Blech zu erkennen, aus denen der Topf

---

bens ist einmal der Diebstahl, die „unbefugte Aneignung", s. §. 20 Note 3; diesen Grund seines Habens kann er zunächst sich selbst ohne Sachveränderung nicht auslöschen. Diebstahl tritt in dem Zusammenleben des Römischen so gut wie der meisten anderen Völker als directer Gegensatz der menschlichen Arbeit, als arbeitslose oder uneigentliche Aneignung auf. Wenn nun, beim Bestehen der Specification als juristischen Eigenthumserwerbsgrundes, der Dieb hinterdrein durch Arbeit die Sache umgestaltet, so liegt freilich kein naturaler Grund vor, daß nicht auch er Eigenthümer geworden sein sollte. Aber der positive Rechtssatz ist zu loben, der aus subjectiven Gesichtspunkten (humanius est) ihm hier ausnahmsweise den Eigenthumserwerb denegirt, indem er die causa des Diebstahls auch noch in dem Zustand des Umgearbeitethabens der Sache festhält.

34 zusammengesetzt worden ist. Die Macht der Arbeit ist hier bei der Fabrication eine viel bedeutender wirksame, als die oben (§. 32) bei der Fruchtproduction hervorgehobene, weil diese Macht in jedem einzelnen concreten Fall des Arbeitens ganz und vollständig hervortritt. Der Topf erscheint, auch wenn die einzelnen Stücke Blech einem Dritten, Vierten und Fünften gehörten, als ein ganz neu vom Fabricanten Geschaffenes, und eben diese Macht des Schaffens ist es, welche das Bedürfniß erzeugt, im Fabricanten den Anfangspunkt des Topfes zu suchen und die ganze weitere Frage nach den stofflichen Bestandtheilen des Topfes damit abzuschneiden.

Ehe in den Lebensverhältnissen eines Volkes die fabricatorische Arbeit nicht in bedeutendem Umfange sich organisirt hat, kommt, wie bemerkt, Niemand auf eine solche Frage. Liegt aber dies erst einmal vor, so bildet sich mit dem Bedürfniß allmälig in Einzelnen und Vielen die Ansicht, daß der Fabricant als solcher das Eigenthum des Gestalteten erworben haben müsse. Der Fabricant selbst betrachtet sich als den Schöpfer [5]), die anderen Individuen erkennen ihn wiederum als solchen an. Das ist aber zunächst nur naturalis ratio und individuales Bewußtsein über die naturalis ratio, und hüten wir uns wohl darin bereits eine gewohnheitsrechtliche Gesammtüberzeugung zu finden. Es ist vollständig möglich, daß bei solchem individuellen Bewußtsein der Rechtssatz nichtsdestoweniger Jahrhunderte lang auf dem zunächst vorhandenen Substantialprincip verharrt. Fa=

5) Er wird sich also auch als factischer Eigenthümer (nicht bloß Besitzer) geriren, d. h. es bildet sich in Zeiten, wo das Zusammenleben des Volks im Uebrigen schon ein völlig rechtlich geordnetes ist, in diesem einen Punkte wieder ein Naturstand, der nun hier, während das bestehende Recht zunächst zu entgegengesetzten Resultaten führt, mit seiner factischen Schwerkraft doch nicht ohne Bedeutung ist. Vgl. über den s. g. Naturstand die erste Beilage §. v. a. E.

brication aus fremdem Stoff kommt in der That so häufig 34
gar nicht vor, und wo sie vorkommt, ist es dann doch meist nicht einmal nachweisbar daß der Fabricant mit fremdem Stoff gearbeitet hat. Ist es aber beweisbar, so würde es das Verkehrsleben im Ganzen auch gar nicht stören, wenn in einem einzelnen Fall der Stoffeigenthümer das Fabricat wegvindicirte. Jedenfalls aber kann, trotz aller naturalis ratio, von einer Umgestaltung des Rechtes doch erst die Rede sein, wenn nach allen Erfordernissen juristischer Satzung die Fabrication als Eigenthumserwerbsgrund in das positive Recht eingeführt worden ist [6]).

Ich glaube hiernach gar nicht, daß es ein besonders dringendes practisches Bedürfniß gewesen ist, welches bei den Römern die Proculianer zur Aufstellung der Ansicht getrieben hat, daß die Fabrication aus fremdem Stoff ein eigener rechtlicher Eigenthumserwerbsgrund sein müsse. Es scheint sehr viel mehr nur die theoretisirende Ueberlegung [7]) und eine richtige Erkenntniß der naturalen Kraft der Arbeit die Triebfeder gewesen zu sein [8]). So entstand denn der Streit und ein Hinundherschwanken der Meinungen. Eine genauere Fassung erhielt die Frage noch

---

6) Bei den Römern konnte dies, abgesehen von Gewohnheitsrecht oder besonderer gesetzlicher Sanction, auch schon in Gemäßheit des jus respondendi durch übereinstimmende Ansicht der Juristen geschehen.

7) Vgl. die (von Böcking citirten) Worte Senecas ep. 65. 2: Stoici nostri duo esse in rerum natura, ex quibus omnia fiant, *causam et materiam* ... causa materiam format.

8) Gai. II. 79. „*naturalis ratio* requiritur". §. 25 I. de rer. div. 2. 1: quaeritur, quis eorum *naturali ratione* dominus sit, utrum is qui fecerit (Arbeitsprincip) an ille potius, qui materiae dominus fuerit (Substantialprincip, das ja auch natural ist). — Das fr. 7 §. 7 de acq. rer. dom., das Böcking noch für die naturalis ratio des Arbeitsprincips anführt (§. 154 Not. 7), spricht umgekehrt nur von der naturalis ratio des Substantialprincips.

34 durch die Herbeiziehung des Momentes der Unreducirbarkeit[9]). Es ist das nicht etwa ein „Mittelweg der kein goldner zu sein scheint“[10]), es ist vielmehr erst genauere Präcisirung der Arbeit, wie sie zu der Natur des Eigenthums in richtigem Verhältniß steht. Eigenthum ist die vollständig definitive Subjectivirung der Sache durch den Menschen. Es liegt nicht etwa so (was zunächst freilich denkbar wäre), daß wir bei der reducirbaren Specification ein gleichartiges Verhältniß anzunehmen hätten, wie oben bei der erkämpften Sache die hinterdrein wieder in die naturalis libertas sich zurückzieht (s. §. 20 Note 2)[11]). Es kommt vielmehr bei der Specification erst auf die Frage an: was heißt nicht bloß Thätigkeit sondern schöpferische Arbeit, so daß der Mensch als auctor dieses Dings, als sie wirklich definitiv sich subjectivirend betrachtet werden kann? Solche schöpferische Arbeit ist nur das unreducirbare Umschaffen, und es ist richtige Erkenntniß der Natur des Eigenthums (Note 9), daß man das reducirbare Umgestalten nur als das Umwerfen einer äußeren Hülle nicht als Substanzveränderung zu betrachten[12]), und es also nicht als genügende factische Thatsache auf-

---

9) fr. 7. §. 7 de acq. rer. dom. 41. 1: Est tamen media sententia *recte* (d. h. rein aus den naturalen Principien heraus) existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, etc.

10) Brinz P. I. §. 53.

11) Man muß übrigens zugestehen, daß bei der Occupation Mittelfälle vorkommen können, in denen das Zurückkehren in die natürliche Freiheit dem Erkämpfen so schnell folgt, daß man daraus nach dem Erfolge auch ebenso gut sagen könnte, es habe noch gar keine definitive Erkämpfung vorgelegen.

12) Wenn die Sache noch in der Lage ist, in die frühere Gestalt der Substanz zurückzukehren (ad materiam reverti), so kann die Herrschaft des Substantialprincips noch gar nicht als durch die menschliche Arbeit gebrochen betrachtet werden; oder m. a. W. die Sache ist noch nicht ver-

zufassen hat, um darauf einen neuen Entstehungsgrund des 34
Eigenthums bauen zu können.

§. 35. Der Grund (die naturalis ratio), aus dem sich die 35
Specification fremden Stoffes im Römischen Recht zu einem selbständigen Eigenthumserwerbsfalle hindurchgearbeitet hat, ist die Arbeit, opera[1]). Der Gegensatz dieses Begriffs zu dem naturalen Begriff der Occupation ist einleuchtend. Letztere ist das Erkämpfen, das Besiegen von Gewalt. Dies Moment tritt hier ganz zurück, wir haben hier das Gestalten, das mehr oder weniger geistige Schaffen, Produciren vor uns[2]). Beides zusammen aber fassen wir unter den Begriff des materiellen Aneignens, des Erringens oder des Erarbeitens im weiteren Sinn. Sobald nun das positive Recht dahin gelangt, der productiven Arbeit (oder auch Bearbeitung im engeren Sinn) ihre naturale Bedeutung auch auf dem Rechtsgebiete zuzuerkennen, so liegt darin nothwendig, daß das ja auch naturali ratione gegebene Substantialprincip hier als das minder Bedeutende zurückweichen muß, d. h. daß der Herr der Substanz durch die Arbeit des Specificanten aufhört Eigenthümer zu sein. Damit findet also das Eigenthum, welches zunächst absolute Subjectivirung der Sache ist, und deßhalb an sich auch in der umgestalteten Substanz noch fortbesteht, doch seine eigene Gränze in seinem eigenen Princip. Wenn das Ich die Sache sich absolut subjectivirt hatte, wir nun aber finden daß nach

---

mittelst der Arbeit durch den begrifflichen Durchgangspunkt des nullius-Sein (s. §. 35 Note 3) hindurchgeführt worden.

1) §. 25 I. de rer. div. 2. 1: eum esse dominum *qui fecerit*, quum .... *operam suam dedit*.

2) Dieser Begriff ist mit mala fides vollständig vereinbar, so gut wie auch bei der Occupation durchaus nicht eine besondere bon. fides Theil des factischen Begriffs ist. Auch das Röm. Recht fordert demgemäß keine bon. fides. s. Böcking P. §. 154 d.

35 demselben Princip sich jetzt das Du diese Sache subjectivirt hat, so muß, eben weil Beider Standpunkt ganz dasselbe allgemeine Princip (nämlich das subjective durch Arbeit Erringen) ist, der gegenwärtige Zustand den vergangenen nothwendig absorbiren[3]). — Es ist indeß nöthig, diesen Punkt noch etwas sorgfältiger zu beleuchten.

Die beiden rationes, das Substantialprincip und das Arbeitsprincip stehen hier beide, als an sich vollständig motivirt, einander gegenüber, gleichartig wie wir dies bei der Fruchtproduction gesehen haben. Es ist möglich, daß der Nationalgeist eines Volks von vorn herein das eine oder das andere ergreift, und als sein positives Recht dauernd festhält. Nur liegt allerdings die Sache darin anders als bei der Fruchtproduction, daß das Arbeitsprincip sich bei der Fabrication mit

3) Dies sprechen auch die Römischen Juristen bestimmt aus. Man muß, sobald man das Arbeitsprincip als positives Recht voraussetzt, geradezu sagen, daß durch die Specification nicht bloß die frühere species sondern, in Folge der subjectivirenden Arbeit, mit der alten species auch die alte Substanz untergegangen sei, um zu dem Resultat zu gelangen, daß der frühere dominus sein Recht verloren habe. (Vgl. auch fr. 9 §. 3 ad exhib. 10. 4: nam mutata forma prope *interimit substantiam* rei). Man muß ebendeßhalb auch sagen, daß w e i l die Arbeit das Eigenthum des Anderen vernichtet, sie nun eben als eigenthumbegründend den Arbeiter an die Stelle des Anderen rückt. Also derselbe Act macht die Sache eigenthumlos [mithin, da der Erwerb eines Dritten hier ja undenkbar ist, zur res nullius; fr. 7 §. 7 de acq. rer. dom. 41. 1: hunc dominum esse qui fecerit, quia *quod factum est antea nullius fuerit*] und in d e m s e l b e n Moment zum Eigenthum des Arbeiters. Ebenso wie das fr. 7 §. 7 cit. das Aufhören des Eigenthums also das nullius-Sein betont, so hebt fr. 3 §. 21 de acq. poss. 41. 2: [possessio ... pro suo, sicut in his quae *ut in rerum natura essent* fecimus] das objective Entstehen der neuen Sachsubstanz hervor, in deren Erschaffung der Grund des Eigenthumserwerbes liegt. — Vgl. im Gegensatz die Fälle, in denen trotz der hergestellten species die alte Substanz fortbesteht. §. 32 Note 2 unter b. und e.

viel größerer Gewalt vordrängt und also auch leicht, wie dies 35
bei den Römern geschehen ist, das Resultat herbeiführen kann, das bis dahin geltende entgegengesetzte Princip aus dem positiven Rechte zu verdrängen. Nur ist die Sache nicht so zu erklären, als wenn es sich hier lediglich um eine wissenschaftliche Ueberlegung handelte, die oberflächlich angestellt das Substantialprincip ergebe, dagegen gründlicher durchgeführt nothwendig zum Arbeitsprincip führe [4]). Es liegt hierin wieder eine Verkennung der Bedeutung der naturalis ratio, eine Entscheidung der Frage a priori, die dem tiefer auf den Grund Gehenden nothwendig das Arbeitsprincip ergebe. Wäre das richtig, so würde man dazu auch ohne positive Rechtssanction gelangen müssen, es würde also das Arbeitsprincip aus dem „Begriff" des Instituts heraus „construirt" werden können, selbst wenn Justinian es nicht sanctionirt hätte. Namentlich aber so, wie Puchta nun die Specification hinstellt [ich nehme Puchta als Repräsentanten für Viele [5])], ist das Arbeitsprincip völlig unerkannt. „Das Princip der Specification besteht darin, daß wirklich eine neue Sache aus dem alten Stoff hervorgebracht worden ist. Sie ist nicht seine (des Stoffeigenthümers) Sache mehr, sondern eine neue andere, also jenem gegenüber eine herrenlose. Eben darum ist sie Gegenstand des Erwerbes durch Occupation, und diese geschieht von dem, der sie verfertigt hat". Es wird also

4) Puchta Vorles. I. §. 154. „Ein Theil der Röm. Juristen glaubte einfach bei dem Satze sich beruhigen zu können, daß der Stoff, nicht die Form das Eigenthum bestimme. — Aber es ist nothwendig, bei dieser Frage tiefer auf den Grund zu gehen. Dies geschah von anderen Römischen Juristen, deren Meinung Justinian recipirt hat".

5) Auch Böcking hat sich von dieser Anschauung nicht freizumachen vermogt §. 154: „Die Proculianer behandelten diese s. g. Specification als Occupation herrenloser Sache .... sie bestätigt Justinian ... Eigenthumserwerb, der eben einen vorher nicht existent gewesenen Gegenstand hat".

35 hier Alles lediglich auf die objective Sachveränderung gestellt, die Arbeit ist nicht mehr als solche, sondern als Besitzergreifung Eigenthumserwerbsgrund. Nun aber ist die bloße Besitzergreifung gar keine naturale Erwerbart, Puchta erklärt also die ganz selbständige naturalis ratio der opera aus einem erst abgeleiteten nicht-naturalen Satze (vergl. §. 25 am Ende), der gar kein Princip ist. Wäre nun Puchta's Erklärung richtig, daß nicht die subjectivschaffende Arbeit, sondern die objective Sachveränderung („die Form") und die darauf folgende Besitzergreifung, welche in der Arbeit stecken soll, das Entscheidende sei, so würde auch, wenn sich durch Zufall die Materie zu einer anderen species umgestaltet hat (vergl. §. 34 Note 2), jeder Besitzergreifende Eigenthümer werden können; es würde ferner möglich sein, daß ich die Sache eines Anderen zu einer neuen species umarbeiten, dann aber (wenn ich den entschiedenen Willen des Nichtbesitzers habe) doch nicht Eigenthümer werden könnte, so daß ich das Eigenthum des Stoffeigenthümers vernichtete und nun die Sache eine res nullius wäre. Diese Resultate und die Puchta'sche Erklärung werden auch keineswegs etwa durch das in Note 3 citirte und erklärte fr. 7 §. 7 de acq. rer. dom. unterstützt. Gaius sagt durchaus nicht, daß ein vacuum eintrete, zwischen dem Untergange des früheren Eigenthums und zwischen dem besonderen Acte der Besitzergreifung, denn dann wäre die Specification gar kein Erwerb durch die opera selbst (vergl. Note 1), sondern durch ein nur mit der opera verknüpfbares aliud, nämlich die Besitzergreifung, welches also von der opera sich auch ganz hinwegdenken ließe. Gaius sagt vielmehr nur, die opera tilgt *erst* das frühere Eigenthum und *dann* giebt sie das Eigenthum dem Arbeiter. Logisch liegen diese beiden Punkte nothwendig hintereinander, aber dabei bleibt es doch vollständig bestehen, daß *derselbe* Act der opera Beides zusammen bewirkt.

Ich habe oben schon hervorgehoben, daß Dernburg und 35
v. Scheurl die Specification auf das Arbeitsprincip zurückführen. Es wird aber zugleich aus den bisherigen Erörterungen einleuchten, daß bei ihnen der Arbeitsbegriff (bloß als Thätigkeit nicht als Schaffung genommen, und mit anderen ganz disparaten Momenten vermischt) noch nicht zu seinem wirklichen naturalen Gehalte gelangt ist.

§. 36. (γ. Fabrication aus eigenem oder theils- 36
weis eigenem Stoff.) — „Von dem Fall, sagt Puchta [1]), wenn Form [richtiger: Arbeit] und Stoff von derselben Person ausgehen, ist natürlich nicht die Rede". „Von Specification aus eigenem Stoff, meint Böcking [2]), braucht nicht geredet zu werden, quia quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest. §. 10 I. de legat. 2. 20."

Jedenfalls ist für unsere Frage die citirte Stelle nicht ganz anwendbar (wonach nur gesagt ist, daß, was mir schon gehört, mir nicht mehr von einem Anderen gegeben werden kann), so wenig wie die anderen von Böcking herangezogenen Stellen (§. 83 Note 15 „nec enim quod nostrum est nobis dari potest" etc.) Der Grund, daß man auch abgesehen von der eigenen Arbeit Eigenthümer ist, liegt vielmehr im Substantialprincip. Das Macht-Verhältniß des Subjects über das Object wird dadurch nicht verändert, daß das Object sich rein objectiv verändert. Wenn wir also nicht annehmen, daß diese Veränderung durch die schaffende That eines anderen Subjects bewirkt wird, wodurch Letzteres die Sache in seinen eigenen Machtkreis hinüberzieht, so ist jenes erstere Machtverhältniß nicht alterirt, und es besteht in der Materie oder Substanz der neuen Species fort. Der Beweis, daß auch die Römer dies Substantialprincip hier zur Anwendung kommen lassen, liegt

1) Vorles. I. §. 154.

2) Pand. II. §. 154 Note 9.

36 unzweifelhaft in einer Stelle, die, weil sie sogar schon ein minus annimmt, nothwendiger Weise damit auch das maius bejaht: §. 25 I. de rer. div. 2. 1: dubitandum non est, hoc casu *eum esse dominum qui fecerit, quum* [non solum operam suam dedit sed et] *partem eiusdem materiae* (wir können unbedenklich substituiren: totam materiam) *praestavit.* Der Beweis liegt ferner in jener Argumentation aus der Natur des Eigenthums, wie sie Sabinus und Cassius ja ganz richtig erkannt haben, und sogar in dem streitig gewordenen Fall der Specification aus fremdem Stoff festhalten wollten, und wie sie also in dem nicht streitig gewordenen Fall der Specification aus eigenem Stoff als die allgemeine Römische Ansicht dasteht[3]).

Dürfen wir es hiernach wohl als zweifellos betrachten, daß auch die Römer für den Fall der Fabrication aus eigenem Stoff zunächst das Substantialprincip zur Anwendung gebracht haben, so ist doch damit die Frage noch gar nicht überflüssig, ob, seitdem auch das Arbeitsprincip (es versteht sich: bei unreducirbarer Arbeit) bei den Römern positiven Rechtens geworden ist, nun dies als ein coincidirendes nicht auch in unserem Fall zur Anwendung zu bringen sei. Man wende nicht ein, daß das keinen Werth habe, da man nicht noch mehr Eigenthümer werden kann, als man schon ist. Das ist freilich richtig, aber es ist auch bekannt, daß es oft mit dem Eigenthums**beweis** seine Schwierigkeiten hat, und daß, wer sein Eigenthum möglicher-

---

3) fr. 7 §. 7 de acq. rer. dom.: Sabinus et Cassius magis *naturalem rationem* efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus sit, *quia* (ein ganz allgemein geltender Grund) *sine materia nulla species effici possit.* Gai. II. 79: quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut (ebenfalls ganz allgemein ausgedrückt) *cuius materia sit, illius et res, quae facta sit,* videatur esse.

weise aus zwei Gründen darthun kann (z. B. Tradition und Usucapion), juristisch wesentlich besser steht, als wer nothwendig nur auf Einen Weg des Eigenthumsnachweises verwiesen ist.

Es ist hiernach eine sehr gute, gegen Böcking gerichtete, Bemerkung von Brinz [4]), daß von der Specification aus eigenem Stoff „am Ende doch auch geredet werden muß, wenn der Eigenthümer etwa später einmal vindiciren müßte, ein Fall in welchem ihm diese originäre Erwerbsart zum Vortheil gereichen könnte“ [5]). Nur ist die Frage keineswegs damit erledigt, daß, wie es Brinz zu fassen scheint, man sich jetzt nicht mehr darauf berufen könne, man sei schon Eigenthümer könne es mithin nicht noch mehr werden (also auf das Substantialprincip), sondern nun einfach nur das Specificationsprincip zur Anwendung kommen könne (weil quod factum est, antea nullius fuerat fr. 7 §. 7 cit.). Brinz scheint also zu meinen, daß der Arbeiter durch seine Arbeit jetzt auch sein eigenes früheres Eigenthum nothwendig immer verliert („interimit substantiam rei“ vgl. §. 35 Note 5), und das auf Specification ruhende neue Eigenthum gewinnt, so daß sein Recht also fortan nur auf originärem Grunde ruht. So leichten Kaufs kommen wir aber wohl nicht zur Erledigung der Frage.

Wenn ich fremden Stoff specificire (vorausgesetzt: nicht für Rechnung des Stoffeigenthümers, sondern für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten den ich vertrete), so habe ich in dem Acte der Arbeit immer den Willen des originellen Selbstschaffens, d. h. des Herausziehens der Sache aus dem Kreise des bisherigen Eigenthümers und des Hereinziehens

4) Pand. I. §. 53.

5) Man kann vielleicht sagen, daß die Frage von der Fabrication eigenen Stoffes practisch wichtiger ist, als die von der Verarbeitung fremden Stoffes.

36 in meinen oder meines Vertretenen materiellen Machtkreis [6]), und indem nun die Specification fremden Stoffes positiven Rechtens geworden ist, so habe ich mit diesem Willen auch das Eigenthumsrecht begründet. Nun aber fragt sich, wenn ich meinen eigenen Stoff bearbeite, habe ich denn da immer den Willen, meine Sache aus meinem materiellen Machtkreise herauszuziehen und in originärer Weise mein Eigenthum wieder zu begründen, also es zu noviren? Also (vorausgesetzt daß im heutigen Recht nicht ausschließlich doch nur das Substantialprincip hier zur Anwendung kommt) muß ich denn müssen, d. h. wird mir durch den Rechtssatz, welcher die Specification eigenen Stoffes betrifft, die Möglichkeit des Anderswollens entzogen? Es wäre doch eigenthümlich, wenn in diesen Lehren, wo eben Alles auf Willensthat des Menschen gebaut ist, wo es sich gerade um die vom Recht anerkannte materielle Subjectivirung der Sache durch das Individuum handelt, das Recht die abnorme Gestaltung annähme, die Willensthat ihres inneren freien Willensgehaltes zu berauben, und dem äußeren Act des Umschaffens die Nothwendigkeit eines fingirten Willens unterzulegen. — Dazu aber kommt noch das Bedenken, daß doch unmöglich die Römische Rechtssatzung diesen Willen gehabt haben kann; denn wenn ich meinen Stoff umgestalte, und noch fremden Stoff dazu nehme (wo also wegen dieses Dazunehmens das

6) Nicht noch daneben den besonderen Willen des Besitzergreifens. Wenn man nun aber in Folge dieser Arbeit zugleich Besitz ergreift, so ist das dann ein Besitz gestützt auf die subjectivirende Arbeits-That des Individuums, eine *possessio pro suo*; darin ganz gleichartig der Occupation, daß bei Beiden das Eigenthum und auch der Besitz nicht auf Verleihung oder Zutheilung von Außen, auch nicht auf bloß äußerlichem Willen, sondern auf dem Grunde der materiell befugten individuellen Willensthat ruht. fr. 3 §. 21 de acq. poss. 41. 2: Genera possessionum .... *pro suo*, sicut in his quae terra mari coeloque vel ex hostibus *capimus*, vel quae ipsi, ut in rerum natura essent *fecimus*. Vgl. §. 35 Note 3.

Arbeitsprincip um so mehr überwiegen zu müssen scheint), so sagt das Röm. Recht nach der vorher citirten Institutionen-Stelle ausdrücklich, daß man Eigenthümer wird nicht bloß aus dem Arbeitsprincip, sondern aus beiden Gründen zusammen sowohl dem Arbeitsprincip (quum non solum operam suam dedit) als auch dem Substantialprincip (sed et partem eiusdem materiae praestavit). Wenn nun aber das Substantialprincip noch fortgilt bei der Fabrication aus eigenem und fremdem Stoff, so muß es doch um so mehr noch fortbestehen bei der Fabrication aus lediglich eigenem Stoff.

Es scheint mir nach diesen Bedenken, daß die allerdings nicht klar aus den Quellen uns entgegentretende Frage folgendermaßen zu lösen sein wird.

1) Ich glaube allerdings, daß es dem Individuum jetzt rechtlich gestattet ist auch bei der Fabrication rein eigenen Stoffes sich auf das Arbeitsprincip zu stützen. Denn wenn der Rechtssatz zugesteht, daß man sogar Fremdes durch Umschaffung sich materiell subjectivirt, so hat er damit nothwendig dem Individuum auch den Willen gestattet sich sein Eigenes in materiell anderer Weise und so, daß dies auch der Richter anzuerkennen hat, zu subjectiviren [7]). Ich meine danach, daß in der That ein mit der Vindication Auftretender verlangen darf sein Eigenthum durch Selbstverarbeitung des eigenen Stoffs stützen und beweisen zu können. Er könnte ja sagen: selbst wenn der Stoff ein fremder war, könnte ich das Eigenthum damit beweisen, und danach kann es mir doch nicht zum Nachtheil gereichen, daß es etwa nicht klar vorliegt, ob der Stoff ein fremder oder vielleicht schon mein Eigen war. Wer so sich auf seine Specification des eigenen Stoffes beruft, von dem gilt, daß Jeder der beste Interpret seiner Handlungen ist; ja selbst wenn er beim

7) Es ist hierauf nicht etwa der Satz: nemo sibi causam possessionis mutare potest zur Anwendung zu bringen.

36 Acte der Umarbeitung nicht den Willen der juristischen Eigenthumsumänderung hatte, liegt kein Grund vor in diesem Gebiete des freien Arbitrium des Individuum seiner späteren Erklärung: „ich will meine frühere Sachumgestaltung als originäre Eigenthumserwerbart betrachtet wissen“ entgegenzutreten. Liegt also dieser besondere Wille vor, so haben wir dann auch das Substantialprincip ganz bei Seite zu legen, und zu sagen, der Eigenthümer hat durch die Sachumgestaltung nicht bloß die alte species sondern auch die alte Substanz vernichtet, und stützt sich jetzt lediglich auf die originäre ratio der Arbeit. — Ganz dasselbe muß dann auch zur Anwendung kommen (und wird hier besonders practisch zweckmäßig sein), wenn Jemand eigenen und fremden Stoff zusammen verarbeitet hat. Er kann doch nicht gezwungen werden, während er in Betreff des fremden Stoffs sein Eigenthum schon durch die Arbeit darthut, in Betreff des nicht-fremden Stoffes erst noch sein eigenes früheres Eigenthumsrecht nachweisen zu müssen. Er kann erklären, als Sache der individuellen Machtvollkommenheit oder der Privatsouverainetät: ich stütze mein Eigenthum in Betreff des Gesammtresultats aus beiden Stoffen auf meine Arbeit.

2) Wo dagegen ein solches Willensmoment und also eine Novation des Eigenthumsrechtes nicht vorliegt, da bleibt es einfach beim Substantialprincip, d. h. das alte Eigenthumsverhältniß gilt als fortbestehend trotz der Sachumgestaltung, so gut wie dies der Fall ist, wenn eine Sache bloß durch Zufall eine andere Gestalt angenommen hat[8]).

8) An die naturale Specificationslehre schließen sich noch wieder, ähnlich wie wir auch oben bei der Occupation positive Weiterbildungen haben kennen lernen, im Röm. Recht civile Rechtsgestaltungen an, denen der Arbeitsbegriff nur halb und halb zum Grunde liegt. Ich habe mich hierauf nicht weiter einzulassen. s. Böcking P. II. §. 154. h. bis o.

V.

Die Tradition.

§. 37. — a. **Die naturalis ratio der Eigenthumstradition.** — Wir haben im Bisherigen die Bedeutung zweier naturalen Gestaltungen kennen lernen. Das Individuum begründet sich das Eigenthum an der körperlichen Sache dadurch, daß es sie erkämpft oder erzeugt. Wir gelangen jetzt zu der dritten Form des einen allgemeinen Grundprincips der befugten Aneignung oder der Arbeit im weiteren Sinn (vgl. §. 6 u. 16)[1]. Das Individuum kann Eigenthümer dadurch werden, daß es um die Sache mit dem bisherigen Eigenthümer gütlich handelt d. h. ein Geschäft der Sacherwerbung eingeht. Dies Handeln um die Sache ist auch Arbeit, es wird dabei vorausgesetzt, daß der Erwerber in verschiedener Weise durch Gegenleistung, Gegenversprechung u. s. w. den Eigenthümer geneigt gemacht hat sich der Sache zu entäußern. V. 37

Auch dieser dritte Begriff ist von der Art, daß er in der Entwicklung der Völker eine eigene Culturstufe bildet und be-

1) Gai. II. 65. Ergo ex his quae diximus adparet quaedam *naturali jure alienari*, qualia sunt ea, quae traditione alienantur; quaedam civili, nam mancipationis et in jure cessionis et usucapionis jus proprium est civium Romanorum. §. 66. Nec tamen ea tantum, *quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur*, sed etiam quae occupando cet.

37 zeichnet. So wie sich an die erste Stufe der Räuber- Jäger- und Fischer-Völker die höhere Entwicklung des Fuges der Ackerbau-Völker anschließt (vgl. §. 26), so knüpft sich dann an diese wieder die Stufe der Handel treibenden Völker an. Die allgemeine Charakterisirung aber eines Volks als eines Handel treibenden heißt nichts Anderes, als daß in einem Volke sich eigene Berufskreise (ein „Fug" oder Organismus der diese Art von Arbeit sich wählenden Individuen) bilden, die aus dem Eintauschen der Güter gegeneinander sich den Gegenstand einer eigenen Thätigkeit machen, und auf diese Arbeit ihren Beruf, ihre Lebensexistenz gründen. Treten solche Berufskreise erst überwiegend hervor (was dann immer auch einen großen belebenden Rückschlag auf Fabrication und Industrie äußert), so wird danach das ganze Volk ein handeltreibendes genannt. Mag nun aber die Handelsthätigkeit ganz überwiegen oder nur einen gleichmäßig neben Fruchtproduction und Industrie stehenden Berufskreis im Volke bilden, so steht doch jedenfalls das fest, daß hier eine bestimmt organisirte, den Menschen nährende, dem Menschen Vortheil bringende, Arbeit vorhanden ist, die in dem Erwerb der Güter von Anderen besteht. Es ist auch nicht bloß so zu nehmen, als wenn an dieser Arbeit nur der besondere Stand der Handelsleute Theil nähme. Es ist ein Bedürfniß des ganzen Volks, daß die körperlichen Dinge gleichsam an ihr menschliches Ziel gelangen, d. h. wirklich von dem erworben werden, der sie wünscht und ihrer bedarf. Dies Bedürfniß ist nur durch Arbeit herstellbar. Besonderer Vermittler dieser Arbeit ist der sich bildende eigene Handelsstand, aber an der Gesammtarbeit, daß die vorhandenen Sachen im Verkehr ihr richtiges Ziel finden, nimmt doch immer die ganze Summe der Individuen im Volke Theil. Handel in diesem weiteren Sinn, so wie das Wort zunächst es bedeutet, ist also das geschäftliche Erwerben der Güter des Nebenmenschen. Der Tausch

und Wechsel der Güter ist ein Bedürfniß der Individuen, dem 37
sie sich auch schon in den rohesten Anfangszuständen nicht entziehen können, ein in dem Zusammenleben schon von drei vier selbständigen Menschen unmittelbar Gegebenes; er ist ein Bedürfniß das mit Fortschritt der Cultur immer großartiger sich entfaltet. Die dies Bedürfniß befriedigende Arbeit (opera) ist der Handel[2]), und die auf dem Grunde des Handelns mit dem Nebenmenschen ruhende Aneignung der Güter ist der dritte naturale Begriff, auf den das Individuum (soweit wir es uns bei der Eigenthumsentstehung als selbstthätiges denken) das Wohlerworbensein seiner Güter, das „befugte" Haben derselben stützt.

§. 38. Dieser Curs der Güter durch die Hände der Men- 38
schen ist nun aber noch sehr mannigfach gestaltbar. Wir können die verschiedenen Formen die hier auftreten in drei Gruppen theilen.

1) Die älteste Gestaltung des Verkehrs unter den Individuen ist der Tausch. Er gestaltet sich unter den Menschen lediglich aus den verschiedenen Bedürfnissen des Habens, er besteht, schon ehe ein Rechtsband die zusammenlebenden Individuen und Familien in der Weise verknüpft, daß das Getauschte oder das zu tauschen Zugesagte irgend einen auf dem nationalen Gesammtwillen ruhenden Rechtsschutz in Anspruch nehmen könnte. Er besteht zunächst lediglich durch sein eigenes factisches Schwergewicht[1]), bei einem Nebeneinanderstehen der Individuen (resp. Familien) in noch gleichsam völkerrechtlicher

2) fr. 7. 8 pro socio 17. 2: videtur coita esse universorum quae ex *quaestu* veniunt, hoc est *si quod lucrum ex emtione venditione*, locatione conductione descendit; quaestus enim intelligitur, *qui ex opera cuiusque descendit.*

1) Sehr gute Bemerkungen über den Tausch als anfängliches bloßes Lebensverhältniß in den Völkern s. bei Voigt jus natur. II. 1. S. 448 Not. 574. s. auch S. 437; — vgl. oben §. 6 Not. 2.

38 Souverainetät. Es wird reell gegeneinander geleistet, was Jeder vom Anderen bedarf, und das Erlangte schützt sich der Einzelne mit eigener und seiner Familie und Freunde Macht. Der Umstand, daß nicht gerade Jeder Jedem gegenüber das hat, was der Andere bedarf, führt dann von selbst (naturali ratione d. h. durch factische Organisirung des Lebens) zu dem Hervortreten eines Ausgleichungsmittels, einer Allen werthvollen und bei Allen wieder anzubringenden Waare, durch die man also Sicherheit erhält, sich andere gewünschte Dinge dagegen eintauschen zu können (Vieh, Getreide, Muscheln, Fische, Cacaobohnen, Glasperlen, Erz, Silber, Gold). So scheidet sich denn auch factisch das Tauschen dieses Ausgleichungsmittels (das allmälig sich zum öffentlich garantirten Gelde emporarbeitet) gegen andere Sachen (d. h. der Kauf) von den übrigen Fällen des Tauschens (Tausch im engeren Sinne) der anderweitigen Sachen gegen eben solche Sachen.

Dieser Zustand des Tauschverkehrs unter den Individuen bildet in der heranwachsenden Menschheit (d. h. der aggregirten Summe der Individuen) einen bereits vollkommen factisch geordneten, naturalen Organismus, noch ganz abgesehen von der später hinzutretenden Rechtssatzung in den einzelnen Volkskreisen. Dieser Tauschverkehr ist also so zu denken, daß der Kauf aus dem Tausch hervorgegangen ist[2]), und daß Beides zusammen in seiner naturalen Gestaltung ein reelles Leisten von beiden Seiten ist, also eine vertragsmäßige Zusage

2) fr. 1 pr. de contr. emt. 18. 1: Origo emendi vendendique a permutationibus coepit; olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, quum tu haberes quod ego desiderarem, invicem ego haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac

auf Leistung (Consensualvertrag) erst späteren Rechtsgestaltungen angehört, und das reelle Leisten von der einen Seite naturali ratione erst in der reellen Leistung von der anderen Seite die Erfüllung der vom Willen des Individuums gemachten Voraussetzung findet [3]). 38

§. 39. — 2) Oben bei Gelegenheit der Occupation (§. 24) habe ich bereits erörtert, wie sich das Voluntare an das Natu- 39

perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque sed alterum pretium vocatur. §. 2 I. de emtione 3. 23.

3) §. 41 I. de rer. div. 2. 1: Venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur, *quam si is venditori pretium solverit* [vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato; eine civile Erweiterung des naturalen Satzes]. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium id est *jure naturali* id effici. Den werthvollen Gedanken des richtigen Verständnisses dieser Stelle hat erst Böcking ausgesprochen. Pand. II. §. 147 Note 45. Puchta's Erklärung, bei seinem Standpunkte des „allgemeinen Rechts" (s. §. 17 Note 3), konnte nicht genügend ausfallen. „In §. 41 wird dies auf die 12 Taf. zurückgeführt mit der Bemerkung, daß dieselbe Vorschrift mit Recht auch aus dem jus gentium, der *naturalis ratio*, abgeleitet werde. Die Institutionen scheinen hier (?) einen doctrinellen Streit unter den Juristen vor Augen zu haben, von denen die Einen auf jene, die Anderen auf diese Art den Rechtssatz zu begründen suchten ..... Die Begründung aber aus dem allgemeinen Recht liegt darin, daß der Natur des Kaufs [d. h. hier offenbar: der positiven Rechtsgestaltung desselben] eine gleichzeitige Erreichung ihrer Zwecke von Seiten beider Theile gemäß ist und festgehalten werden muß, wenn nicht einer derselben darauf verzichtet" u. s. w. Auch die Erklärung Dernburg's, Krit. Zeitschr. I. S. 143 (anderer Erklärungsversuche nicht zu gedenken) „die Römer betrachteten diese Bestimmung als aus der naturalis ratio hervorgegangen. Sie beruhte in der sehr natürlichen Ansicht des Volkes, welches in der vorherigen Tradition eine provisorische Sicherstellung des Käufers und keinen Eigenthumsübergang erblickte" — enthält wieder ein Mißverstehen des Begriffs der naturalis ratio.

39 rale anlegt. Einer ganz gleichartigen Erweiterung der Verhältnisse begegnen wir auch hier. Eigentlich naturale Organisation des Güterverkehrs ist in der Menschheit nur das unter Nr. 1 Zusammengestellte, und wird es zwischen Völkern, die nicht durch ein festes höheres *Rechtsband* verknüpft sind, als lediglich factischer Organismus des Güterverkehrs auch bleiben. Aber der Curs der Güter durch die Hände der Individuen begnügt sich nicht mit dem natural zunächst Gegebenen, er verfeinert sich in engeren Kreisen, und zwar zunächst auf folgende Weise. Nehmen wir, im Gegensatz zu den in der Gruppe Nr. 1 hervorgehobenen rein naturalen Verhältnissen des Tausches und Kaufs, hier einmal als Repräsentanten einer zweiten Gruppe das Darlehn und die Schenkung, und zergliedern wir uns deren factische Bedeutung.

Wenn ich einem Indianer in der Steppe Pulver oder Taback leihe, und er (mit dessen Stamme wir alle Beziehungen *rechtlicher* Einung hinwegdenken können) sagt mir zu, mir später sicher ebensoviel Pulver oder Taback zurückgeben zu wollen, was für ein Verhältniß besteht unter uns? Etwa ein Vertrags*recht*? Es ist reine naturrechtliche Chimäre, lediglich in rationalistischer Deduction aus der Zusage des Menschen und der menschlichen Vernunft eine Rechtsbeziehung ableiten zu wollen. Es besteht eben factisch gar nichts zwischen uns, als mein persönliches Zutrauen, der Indianer werde seine Zusage treu erfüllen, und dies Vertrauen kann durch den „Erfolg" gerechtfertigt werden, aber auch nicht. Hierin liegt: der Tauschverkehr zwischen den Individuen (also z. B. den Europäern und Indianern) ist ganz abgesehen von einem Rechtsschutz [1]) als rein factischer Organismus denkbar, weil er in dem reellen gegenseitigen Sachübergange und dem Selbstschutze der Individuen,

1) Und auch hier noch wieder abgesehen vom *sittlichen* Schutz. s. oben §. 8 Note 1.

im Haben der Sachen seine factische Garantie findet. Dagegen 39
das Leihen hat gar keine factische Garantie in sich, es kommt lediglich auf das individuelle Zutrauen zweier Personen unter einander an, damit (wo wir uns den Rechtssatz wegdenken) solch ein Verhältniß eingegangen werde; es kann sich also wegen dieser Voraussetzung individuellen Zutrauens unter einer Summe von Individuen ein organisirter Verkehr des Leihens von fungiblen Gütern gar nicht bilden, wofern wir nicht voraussetzen, daß diese Summe der Individuen sich unter der höheren Macht des Rechtes zusammenstehend weiß, wonach dann also das Individuum mit einer rechtlichen Zwangskraft unvollkommenerer oder vollkommenerer Art das Geliehene sich demnächst zurückzuverschaffen im Stande ist. Das Darlehn ist also nicht ein naturales sondern voluntares Verhältniß.

Noch einen Schritt weiter steht die Schenkung. Das factische Motiv der Schenkung ist immer in der einen oder anderen Art das Wohlwollen des Individuums zum Individuum, und eben dies individuelle Wohlwollen ist noch einen Schritt weitergehend, als jenes individuelle Zutrauen beim Darlehn. Beim Darlehn ist, auch abgesehen von jenem Rechtsschutz des Wiedererlangens, noch immer unter concreten Voraussetzungen ein factischer Schutz des Verhältnisses denkbar z. B. wenn der verleihende Europäer durch seine Körperkraft oder seine Waffen ein solches individuelles Uebergewicht über den leihenden Indianer hat, daß er sicher ist, dieser werde weder fliehen noch sich seiner Zusage entziehen; oder wenn der Indianer die Erfüllung zu vieler anderer Bedürfnisse beim Europäer sucht, als daß er schon aus eigenem Interesse den Bruch seiner Zusage wagen könnte; oder wenn ein Kreis Europäischer Familien solch ein factisches Uebergewicht über das daneben wohnende Indianerhäuflein hat, daß der einzelne Indianer schon durch die Seinigen zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit

39 angehalten werden wird. Also Darlehn, obgleich an sich voluntar, hat doch noch naturale Elemente genug in sich, daß es, ganz abgesehen von Rechtssanction und Rechtsschutz, als ein wirkliches zwischen zwei Individuen bestehendes und anerkanntes und factisch geschütztes *Verhältniß* vorkommen kann. Schenkung dagegen ist völlig und rein voluntar. Der Beschenkte erhält die Sache, ohne sie doch mit irgend etwas „verdient" zu haben, als höchstens mit der Erregung jenes individuellen Wohlwollens. Der Schenker giebt die Sache aus seinem Vermögen hinweg gleich in der Ueberzeugung, daß er nicht sie, nicht ein anderes Aequivalent wiedererhält, er macht in Folge rein voluntaren Actes sich ärmer, den Anderen reicher. Auf den Tauschverkehr, ja auch auf das Darlehn, können sich für die Individuen nährende menschliche Berufskreise (Kaufleute, Banquiers) gründen, weil in ihnen *Arbeit* enthalten ist; der allgemeine Schenkungsbegriff ist höchstens im Stande, die verächtliche *Lebensweise* des Erbschleichers zu motiviren.

So groß nun noch der factische Unterschied zwischen Darlehn und Schenkung ist, so stehen sie doch darin gleichartig zusammen, daß wir in ihnen einen Kreis von Lebensverhältnissen vor uns haben, die wir von der reinen naturalis ratio genau zu scheiden haben. Der rein naturale Punkt 1 hat seinen factischen Bestand lediglich schon in sich selbst. Diese Gestaltungen des Punktes 2 haben, als ein bloßes voluntarium des concreten Individuums, die Basis ihres Bestandes außer sich. Daß der Beschenkte sich definitiv als Eigenthümer betrachte, dafür findet er den Grund nicht in sich und seiner Arbeit, sondern lediglich in der einstmaligen voluntas des Gebers, die aber wechseln kann; damit der Darlehnsempfänger sein Eigenthum zurückgebe, dafür findet der Geber seine Garantie lediglich in der zukünftigen voluntas des Empfängers. Beide suchen ihren Halt

außerhalb, nämlich in der positiven *Rechtssatzung*[2]), die 39
dem Darlehnsempfänger sagt: Du sollst zurückgeben, und dem Beschenkten: Du sollst behalten. Erst wenn die Rechtssatzung (oder sehr stark wirkende sittliche Anschauungen eines Volkskreises) da ist, können sich diese Verhältnisse von reinen Ausnahmsfällen zu regulären Verkehrsgestaltungen entwickeln. Das rein Naturale hat seinen Bestand in sich, es ruht auf Individualinteresse und Individualschutz; das Recht tritt nur anerkennend (und möglicherweise modificirend) hinzu. Das Voluntare dagegen bedarf des Hinzutritts des Rechtssatzes, damit es überhaupt in den regulären Bestand der menschlichen Privatlebensverhältnisse mit vollständigem Halt eintrete.

§. 40. — 3) Zu jenen zwei Gruppen gesellt sich nun noch 40
eine dritte. Nehmen wir als Repräsentanten die solutio ob causam futuram oder indebiti. Ich übertrage z. B. einem Anderen mein Eigenthum unter der Voraussetzung daß er etwas thun werde was er hinterdrein nicht thut, oder weil ich irrthümlich meinte von ihm kaufweise eine Sache erhalten zu haben, für die ich nun den Preis als noch restirenden zahle. Was ist dies factisch für eine Art der Eigenthumsübertragung? Der Empfänger will Eigenthum empfangen, aber er empfängt ohne alle wirkliche Arbeit von seiner Seite. Der Geber will Eigenthum geben, aber unter Voraussetzungen die mit dem wirklichen schon vorliegenden oder hinterdrein sich ergebenden Sachverhalte nicht übereinstimmen. Es liegt ein reines voluntarium und zwar ein Falsch-voluntares vor, in dem auch nicht eine Spur des Naturalen steckt. Indem gar kein Moment menschlicher Arbeit darin enthalten ist, so versteht sich von selbst, daß sich auf dem Boden solcher Verhältnisse kein menschlicher Lebensberuf und

2) Oder wiederum noch daneben in einem gewissen Gebote der in einem Volkskreise oder Völkerkreise entwickelten *objectiven* Sittlichkeit; s. Note 1.

40 kein „Fug“ oder Gefüge des Zusammenlebens aufbauen läßt; indem der Sachübergang freilich auf der beiderseitigen voluntas aber einer falschen voluntas ruht, so liegt darin, daß alle diese Verhältnisse nur Ausnahmsfälle sind. Daß überhaupt in diesen Fällen Eigenthum übergehe, kann in Frage gestellt werden. Bei der vorigen Gruppe ist der factische Grund des Eigenthumsüberganges die klar-erkannte und richtige voluntas der beiden sich gegenüberstehenden Individuen, die der hinzutretende und das Ganze erst fest machende Rechtssatz auch da, wo keine naturalis ratio vorliegt, durch einen entgegenstehenden Rechtssatz bei Seite zu schieben gar keinen Grund hat[1]). Bei dieser dritten Gruppe dagegen ist an sich für den Rechtssatz völlig freies Feld. Eine factische naturalis ratio liegt gar nicht vor, eine factische voluntas Beider freilich, aber eine falsche. Vom naturalen Standpunkt aus kann der Rechtssatz eben so zweckmäßig anordnen, daß Eigenthum übergegangen, wie daß es nicht übertragen sei. Auch vom voluntaren Standpunkte aus (d. h. von dem Willen der concreten Individuen aus) sind an sich beide Rechtsgestaltungen denkbar und zu vertheidigen. Daß das positive Römische Recht hier das Erstere festsetzt, ist eine sehr feine practisch zweckmäßige Satzung, aber sie ist eine durchaus civile, von den Gründen, aus denen der Eigenthumsübergang beim Kauf zu deduciren ist, wesentlich zu unterscheidende.

Wenn der positive Rechtssatz zunächst das Eigenthum als übergegangen hinstellt, so ist wieder erst die weitere Frage, ob der Leistende es soll zurückfordern (condiciren) können? Auch hier ergiebt die naturalis ratio an sich gar nichts, sondern der Grund, dies zu bejahen, ist subjective aequitas, Billigkeit[2]). Der Rechtssatz (der an sich in strengem Sinn sagen könnte, das

1) Es ist *aequum*, daß der Rechtssatz der voluntas der Betheiligten hier volle Freiheit lasse.

2) Vgl. §. 33 Note 3.

Individuum habe den Schaden des Veräußerthabens sich selbst 40
zuzurechnen) trägt einer milderen Anschauung Rechnung, wenn er anordnet, aequum esse, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. Wir haben also in allen diesen Beziehungen rein civile wenn auch sehr zweckmäßige Rechtssatzung vor uns [3]). —

Das Resultat der drei im Bisherigen erörterten Punkte über die ratio der Eigenthumstradition ist dies. Alle drei Punkte fassen sich unter dem äußeren Gesichtspunkt zusammen, daß auf beiden Seiten Wille des Eigenthumsüberganges vorliegt (animus transferendi et accipiendi dominii), aber wir müssen uns hüten, darin das Princip der Eigenthumstradition finden zu wollen, ebensosehr wie es verkehrt ist, in dem Momente der Besitzergreifung das Princip der Occupation finden zu wollen (s. §. 25 a. E.; vgl. noch §. 35 hinter Note 5). Naturalis ratio liegt vielmehr rein nur vor in der ersten Gruppe, im Uebrigen ist es subjective *aequitas*, wonach der Rechtssatz auf Grundlage des vorhandenen voluntaren Momentes den Eigenthumsübergang und dann in gewissen Fällen die Eigenthumsrückübertragung des Uebertragenen feststellt [4]).

§. 41. — b. **Die körperliche Sachübergabe.** — 41
Wir können uns die Voraussetzungen der Eigenthumstradition in die drei Momente zerlegen: der Möglichkeit der Eigen-

---

3) Hiemit ist nicht zu verwechseln, wenn einmal Zurückforderung positiv gestattet ist, was dann gefordert werden kann, und welche Klassen von Klagen hier sich bilden. Dies ergiebt wieder die naturalis ratio, aber aus Gesichtspunkten, die uns hier ganz fern liegen. s. diese Studien. Erstes Heft S. 58. 59.

4) fr. 9 §. 3 de acq. rer. dom. 41. 1 Gaius: Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est *naturali aequitati*, quam *voluntatem* domini volentis

41 thumsübertragung (daß der Tradent Eigenthümer ist; daß ihm das positive Recht nicht verbietet zu veräußern, und dem Accipienten nicht verbietet zu erwerben), der **inneren Wirklichkeit** der Eigenthumsübertragung (des eben besprochenen animus transferendi et accipiendi dominii) und der **äußeren Wirklichkeit** der Sachübertragung. Dieser letzte Punkt bedarf noch der genaueren Erörterung.

Ich habe bereits in dem ersten Abschnitt §. 7 u. 8 die Bedeutung des Momentes der Sachübergabe bei der naturalen Eigenthumstradition dargelegt. Die Sachübergabe als Erforderniß der Eigenthumsveräußerung ist nicht bloß ein erst von der überlegenden Rechtssatzung geschaffener Punkt zweckmäßiger Rechtsgestaltung. Er ist nicht zu erklären „aus der Wohlbestelltheit der Legislation", indem es wünschenswerth ist: „daß der Uebergang des Eigenthums genau bezeichnet sei, und dies **nicht wohl passender** geschehen kann als durch Uebergabe". Er ist nicht wie Puchta sagt eine vom Recht, „dem allgemeinen Recht", ausgedachte **Form**[1]), eine Form wonach „der bloße irgendwie erklärte Wille zum Uebergang des Eigenthums nicht hinreichen, sondern eine Verkörperung und eine Ausführung desselben hinzukommen soll", also freilich keine künstliche Form, wie nach jus civile, aber doch eine Form die das Recht erst schafft und die erst durch das Recht ihre Bedeutung erhält, indem nämlich das positive jus gentium nach einem noch weiter reichenden Gedanken (s. oben §. 17 Note 3) den Satz aufgestellt hat,

---

rem suam in alium transferre *ratam haberi.* §. 40 I. de rer. div. 2. 1: Per traditionem quoque jure naturali [in diesem Zusammenhang ein nicht genauer Ausdruck] res nobis acquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati etc. Der Inhalt der §§. 38 — 40 über die materielle causa traditionis läßt eine viel detaillirtere Untersuchung zu. Nach dem Zweck dieser Schrift mußte das hier Gesagte genügen.

1) Puchta Curs. d. Inst. II. §. 241.

daß die „Wirkung des Eigenthumserwerbes an den Act der Besitzergreifung angeknüpft sein soll“ und es auch in der That „das Natürlichste“ ist „die rechtliche Herrschaft, die Jemand erwerben soll, mit der physischen beginnen zu lassen“ [2]).

Diese jetzt ganz allgemein herrschende Auffassung der Sachübergabe bei der Tradition ist die nothwendige Folge der Anschauung, daß der Eigenthumsbegriff lediglich ein Product der Rechtssatzung einzelner Völker sein soll, daß Eigenthum und (bloß äußerliches aus corpus und animus bestehendes) Besitzen sich einfach nur als „rechtliche“ und als „physische Herrschaft“ unterscheiden sollen. Die Sache liegt aber ganz anders. Eigenthum ist ein factisch in der Menschheit schon abgesehen von der Rechtssatzung bestehendes Verhältniß; wenn das Individuum von seinem bisherigen erarbeiteten Vermögen etwas hergiebt und dafür eine Sache durch Handeln eintauscht, so hat es sich eben damit nun auch diese Sache erarbeitet. Eigenthum ist ein Verhältniß der Individuen zu den Individuen ganz abgesehen von der hinzutretenden höheren Rechtssatzung, und der gutwillige Tausch der Sachen unter den Menschen ist mit dem Eigenthum gegeben. Dieser Tausch nun aber und also die wirkliche „Realisirung“ der Sachhingabe vom Einen an den Anderen ist nicht bloß die Form, die ein Rechtssatz den Individuen vorzu-

2) S. auch z. B. Pagenstecher Eigenthum II. S. 194. 195. „Auch die Tradition ist eine Form richtiger vielleicht eine That [Verkörperung] ..... die Tradition ist das äußere Moment dieser freiesten Form der Eigenthumsübergabe“. S. 211. „Man weiß übrigens, daß in Frankreich die Tradition nur darum verdrängt wurde, weil in den nördlichen Provinzen etwas Anderes galt; so wurde Beides einander geopfert, und es blieb eben der nackte Vertrag übrig. An Naturrecht dachte dabei Niemand. Allerdings erblicken die meisten Naturrechtslehrer in der Tradition kaum mehr als eine alte Rohheit, das nun ließe sich sehr gut bestreiten. Aber um uns nicht auf ein Gebiet einzulassen, auf dem Alles am Ende rein subjectiv bleiben muß“ u. s. w.

41 nehmen vorschreibt (wobei denn also der Wille der Individuen als der eigentliche Act zu betrachten wäre), sondern erst mit der Hingabe ist die Eigenthumserlangung eine gegenwärtige geworden. Der animus transferendi et accipiendi dominii und die Sachleistung stehen also nicht so gegeneinander, daß jener die eigentliche private Veräußerung wäre, und diese das äußere Kleid, welches positive Rechtssatzung hinzugefügt hat [3]), sondern beide Momente sind die gleich-nothwendigen factischen Stücke der privaten Veräußerung, jener das innerliche diese das äußerliche Moment [4]). Diese Privatveräußerung besteht in solcher Gestalt schon ohne alle Rechtssatzung, sie ist ein Ausfluß der Privatsouverainetät, und sie behält diese ihre factische Gestalt in allen Zeiten. Wo überhaupt Privateigenthum, als Ausfluß und Erzeugniß der Privatsouverainetät, sich bildet, da ist auch die Privatveräußerung in jener Gestalt zugleich mit vorhanden, und mag auch das positive Recht eines Volks die naturale Privatveräußerung noch so sehr verdecken, alle factische Bedeutung

3) So daß also der animus das factische Erforderniß, die Sachhingabe (das corpus) dagegen ein juristisches Erforderniß der Eigenthumstradition wäre.

4) Vgl. auch die erste Beilage §. VIII. unter e. — Die Worte Puchta's an einem andern Ort (Pand. §. 148: „das Wesentliche ist, daß der Wille Eigenthum zu geben und zu erwerben, in dem Besitz des Erwerbers sich verkörpere") sind an sich mit der richtigen Auffassung vollständig vereinbar. Aber er meint sie anders, die „Verkörperung" ist ihm doch nur positives Römisches Recht, entstanden im Alterthum als jus gentium, nach einer Anschauung die in der That „die natürlichste" ist; vgl. §. 18 Note 1. Eine weitere naturale Bedeutung dieser Verkörperung im Sinne Puchta's beizulegen, würde von ihm so aufgefaßt worden sein, als wenn man ihm die „abenteuerliche Erneuerung einer naturrechtlichen Theorie" Schuld geben wollte (vgl. §. 14 bei Note 4). — Das hier über Puchta Gesagte gilt auch mit einer kleinen Veränderung von den in Note 2 citirten Worten Pagenstecher's.

wird es ihr doch nicht entziehen können[5]); und wo sich über- 41
haupt (namentlich bei freierer naturalerer Gestaltung eines Rechts) die naturale Tradition wieder als positives Recht eines Volks Bahn bricht, da tritt sie dann auch von selbst in diesen ihren beiden factischen Bestandtheilen hervor. Wollte man einen dieser Bestandtheile vom andern lösen (also den bloßen erklärten beiderseitigen animus oder die bloße Sachübergabe des Porteur für vollendete Eigenthumsveräußerung erklären) so würde man damit gerade die naturale Eigenthumstradition vernichtet und wieder eine rein civile Erwerbart geschaffen haben.

Die herrschende Anschauung, daß bei der Tradition die Sachübergabe lediglich ein zum eigentlich factischen Willensmoment hinzugefügtes juristisches Erforderniß sei[6]), wonach eben nur der positive Rechtssatz der Grund sein soll, weßhalb zum animus diese äußere Verkörperung oder Form (gleichartig z. B. der Eintragung in ein Hypothekenbuch) hinzukommen müsse, tritt in einer Reihe von einzelnen Fragen hervor. Ich will zum Schluß hier nur noch einige hervorheben. Es ist eine sehr weitverbreitete Anschauung, daß (im Gegensatz zu der Be-

5) Die traditio kommt also gar nicht bloß in so weit zur Frage, als sie durch Rechtssatzung (jus gentium) zu positivem Recht erhoben worden ist. Vgl. oben §. 8.

6) S. auch z. B. Arndts Krit. Uebersch. V. S. 116. „Der nichts weniger als specifisch römische, vielmehr von den Römern selbst aus dem allgemeinen Rechte (jus gentium) entlehnte Satz" [liegt denn seine eigentliche Bedeutung in der Herübernahme aus einer an anderen Orten geltenden Rechtsfatzung?] „: traditionibus dominia rerum transferuntur, ist ein so einfacher, das Rechtssystem im Ganzen so wenig beherrschender und bedingender Satz, daß derjenige ein schwacher Romanist, weil ein schwacher Jurist, sein muß, der sich durch besondere Liebhaberei an demselben beirren läßt, die Natur und Bedeutung einer durch neueres Recht ausgebildeten anderweitigen Erwerbart von Grundstücken richtig aufzufassen".

41 gründung obligatorischer Verhältnisse) im Sachenrecht für Eigenthum und jura in re aliena gemeinsame Principien in Betreff der Begründung des Rechtsverhältnisses beständen. Manche behaupten, es sei ein allgemeines Princip, daß zur Entstehung eines dinglichen Rechts Tradition gehöre. Nun aber stellt sich diese Frage ganz verschieden für Eigenthum und jura in re aliena, so daß, selbst wenn der Rechtssatz für beide bestimmt vorgeschrieben wäre, seine Bedeutung doch beim Einen und Anderen eine völlig verschiedene sein würde. Bei der Veräußerung der ganzen Sache ist die körperliche Uebergabe ein naturales Princip[7]), das diesen seinen naturalen Charakter auch in der Aufnahme zu positivem Recht beibehält. Bei der Begründung aber von jura in re aliena an der mir zugehörigen Sache besteht in Betreff der Vornahme einer factischen Tradition vom naturalen Standpunkte aus gar kein Princip; sondern es ruht hier Alles auf civiler Rechtssatzung, welche denkbarer Weise für alle jura in re aliena ein gemeinsames Princip construirt (civilis ratio), oder vielleicht je für die einzelnen jura in re aliena ganz verschiedene Satzungen trifft. Jedenfalls ist ein wissenschaftlicher Schluß aus dem Bestehen jenes naturalen Princips auf das Gebiet dieser außerhalb desselben liegenden Verhältnisse gar nicht gestattet. — Umgekehrt darf man nun aber ebensowenig daraus, daß für jura in re aliena in Betreff einer quasi-traditio an sich naturali ratione gar nichts gegeben ist, einen Schluß darauf ziehen, daß auch bei der Eigenthumsveräußerung die factische Sachübergabe „nicht wesentlich" sei. Dies, was hier naturali ratione als die factisch vollendete Gestaltung auftritt, kann freilich durch entgegen-

7) Es ist nicht bloß Regel, d. h. in der Mehrzahl der Fälle eintretend [wie Böcking P. II. §. 153 §. f. u. I. §. 126 Note 6: „indem zur Veräußerung und dem Uebergange des Eigenthums Tradition des Besitzes nicht wesentlich ist" — es ausdrückt], sondern Princip.

stehende positive Rechtssatzung aufgehoben werden, aber daß der 41
Rechtssatz diesen Willen des Aufhebens gehabt habe, kann keineswegs daraus geschlossen werden, daß er bei jura in re aliena nicht die civile Satzung einer quasi-traditio aufgestellt hat[8]).

Eine andere Frage die hier noch kurz angedeutet werden soll, ist die von der Begründung der privaten Veräußerungsbefugniß. Die Veräußerungsbefugniß liegt nicht erst in der unbestimmten Natur des Eigenthumsrechts (Böcking P. §. 158 §. a), sondern sie ist unmittelbar mit der im Gebiet des befugt Angeeigneten bestehenden Privatsouverainetät gegeben. Die Veräußerungsbefugniß des Eigenthums wird nicht erst durch Rechtssatz gegeben, sondern kann nur umgekehrt positiv genommen werden. Die Veräußerungsbefugniß ist also nicht erst Resultat einer Rechtssatzung des Eigenthumsrechts, sondern schon Stück der Natur des Eigenthums[9]), und es liegt schon vom Individualstandpunkte aus in der factischen Gestaltung der Veräußerung, daß sie eine vom Individuum in Betreff des Objectes

8) Böcking P. II. §. 153 Note 24 behandelt die Begründung des Eigenthums und der jura in re aliena (also überhaupt der dinglichen Rechtsverhältnisse) ohne factische Uebergabe als zwei auf gleicher Stufe stehende Punkte, indem er sagt: „daß zum Eigenthumsübergang die Besitzübergabe erforderlich sei, ist nur Regel, und der Satz, daß durch Verträge, ohne hinzukommende Tradition, nur obligatorische, nicht dingliche Rechtsverhältnisse begründet werden könnten, ist als allgemeiner falsch, wie nicht allein die angeführten Fälle des ohne Tradition bewirkten derivativen Eigenthumserwerbes, sondern auch die Entstehungsgründe der jura in re, unter denen sämmtlichen der Vertrag an seinem Orte vorkommen wird, beweisen". — Daß sich die Tradition an sich nur auf das Eigenthum nicht die jura in re aliena bezieht, hat denselben tieferen Grund, wie das von Böcking §. 155 Note * Bemerkte, daß auch der Sachuntergang an sich nur das Eigenthum, nicht unmittelbar die dinglichen Rechte trifft; ebenso die Frage vom theilweisen Sachuntergang bei Böcking §. 155 Note 5; s. auch das. §. 156 Note * u. Note 25.

9) S. auch die erste Beilage §. VIII.

41 „realisirte" sein muß. Es liegt also, wofern nicht ein besonderer Rechtssatz etwas Anderes festsetzt, schon in der naturalis ratio, daß der Eigenthümer durch Vertrag (d. h. persönlich, ohne objective Realisation, einem Anderen gegenüber) in einer die Sache afficirenden Weise sich nicht binden kann die Sache nicht zu veräußern. Der Grund ist also nicht erst in „den allgemeinen Rechtsbestimmungen" irgend eines positiven Rechts zu suchen, „nach denen eben jene Pactionen keine reale Wirkung haben sollen"[10]). Durch bloßen Vertrag habe ich in meinem realen Machtkreis in Betreff der Sache (naturali ratione) factisch noch nichts bethätigt; veräußere ich dann doch an einen Dritten, und bethätige es durch traditio, so habe ich nun erst das Eigenthum real veräußert, nicht weil mir die Gesetze durch besondere Satzung in Betreff jener ersten Paction meinen Willen beschränkt haben, sondern weil mein Wille erst bei dieser letzteren Veräußerung ein real perfecter geworden ist. Die Nichtdinglichkeit der Wirkung des vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes ist nicht eine besondere gesetzliche Beschränkung des Eigenthümers, sondern eine Folge aus der Natur des Eigenthums. —

Diese abgerissenen Notizen mögen hier genügen. Es liegt nicht in den Zwecken dieser Schrift alle einzelnen Consequenzen der Principien zu verfolgen, mit deren Erforschung wir uns hier beschäftigt haben.

10) Worte Böckings §. 158 §. d.

VI.

Schluß. VI

§. 42. Ich habe in der vorliegenden Schrift den Versuch gemacht, den Bestand des Eigenthumsverhältnisses aus sich selbst heraus und im Unterschied von dem positiven Rechtswillen der einzelnen Völker zu rechtfertigen. Die Wahrnehmung, daß das Privateigenthum mehr oder weniger gleichzeitig eine die ganze Menschheit durchziehende Institution ist, drängte mich zu diesem Versuch, dem Bestehen des Eigenthums eine andere sicherere Quelle und Unterlage zu vindiciren, als die variabele positive Rechtssatzung (oder die sittlichen Anschauungen einzelner Volkskreise) ihm zu bieten vermag. 42

Ist dieser Versuch gelungen, so nimmt dann auch die wissenschaftlich-juristische Interpretation eines bestimmten positiven Rechtes einen wesentlich anderen Standpunkt ein. Ich habe Vieles hievon freilich nur andeuten können, und nur in einigen Richtungen eine genauer eingehende Nachweisung gegeben. Es war nicht meine Absicht in diesen „civilistischen Studien" eine zusammenfassende Darstellung des Römischen und noch weniger des Deutschen Eigenthumsrechts zu geben. Ich hatte lediglich die Absicht die „Natur" oder Physis des Eigenthumsverhältnisses darzulegen, wie dieselbe in Erwerbung, Schützung, Uebertragung und Endigung des Verhältnisses hervortritt, und

42 wie dieselbe als factische Unterlage des einzelnen positiven Rechtskreises immer erkennbar ist. Namentlich in Betreff der Erwerbung führte dies zu einer genaueren dogmatischen Durchführung der beiden Principien, von denen aus, als den naturales rationes, die wissenschaftliche Erklärung der Eigenthumserwerbarten ausgehen muß. Es sind dies die beiden Grundelemente des Eigenthumsverhältnisses, das Arbeitsprincip und das Substantialprincip. Das Arbeitsprincip ist der eigentliche erzeugende Grund des Verhältnisses, vom Individuum ausgehend und den übrigen Individuen gegenüber durchgeführt. Das Substantialprincip bezeichnet den factischen Fortbestand des einmal constituirten Verhältnisses auch unter veränderten Umständen, die wohl auf die Sache umgestaltend eingewirkt haben, nicht aber im Stande waren das Verhältniß selbst aufzuheben.

Ich habe die Darstellung dieses Substantialprincips um der schärferen Hervorhebung des Gegensatzes willen in die Entwicklung des Arbeitsprincips verflochten[1]). Ueberhaupt ist die Ausführung dieses Substantialprincips keine vollständige, und namentlich in Betreff des Eigenthumserwerbes accessione nur eine andeutende gewesen. Die ganze Erwerbart accessione[2]) ist gar nicht, wie es gewöhnlich genommen wird, ein selbständiges Princip des Eigenthumserwerbes; sie ist nur eine besondere Gestaltung des allgemeinen Substantialprincips, und sie besteht nicht darin, daß der positive Rechtssatz sich es willkürlich

---

1) Vgl. insbesondere §. 28 a. E. §. 32 Note 2 §. 34 im A. §. 36. Bei systematischer Darstellung des Eigenthumserwerbes, wie in einem Pandektencompendium, würde sich eine genaue Scheidung des Arbeitsprincips und des Substantialprincips als rathsamer ergeben.

2) S. z. B. Gai. II. 69. *naturali ratione.* 70. Sed et id quod per alluvionem nobis adicitur, *eodem jure* nostrum fit; cet. 73. Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, *jure naturali* nostrum fit. 79. In aliis quoque speciebus *naturalis ratio* requiritur. cet.

ausgedacht hat, es solle die neue Sache zur anderen hinzutreten, sondern ihre Bedeutung ist eine naturale. Diese ihre naturale Bedeutung liegt aber nicht darin, daß rein sächlich das Nebenobject vom Hauptobject angezogen würde; damit entsteht nie unter Menschen ein organisirtes Verhältniß. Vielmehr liegt der Grund darin, daß das Object schon im Verhältniß zum Subject steht, daß eben deßhalb schon factisch in den constituirten Machtkreis („der Apfel fällt nicht weit vom Stamme") ein anderes Ding hineinfällt, was nach den factischen Verkehrsverhältnissen (nicht erst nach Rechtssatzung) als Nebensache erscheint. So ist denn eben schon ein factisch vorhandenes Verhältniß, und so zieht sich das vorhandene alte Verhältniß auf die hinzutretenden Dinge hinüber. Daher kommt es, daß was als Factisches unter den zusammenlebenden Menschen bereits seinen Bestand hatte, dann auch vom Recht als naturale Gestaltung aufgenommen wird. Die Accession ist nicht einfach erklärt aus der Attractionskraft oder aus dem Aneinanderkleben der Sachen, sondern sie ist eine einzelne Anwendung des lebendig aus dem lebendigen Zusammenstehen der Individuen hervorgehenden Zustandes, daß das in dem organisirten Machtkreise der Individuen in factisch definitiver Weise mit den Dingen sich Ereignende den Machtkreis als solchen nicht alterirt. Also die Accession ist daraus zu erklären, daß das Subject das Object subjectivirt oder die Substanz der Sache mit sich identificirt hatte; und nicht etwa ist umgekehrt ein sonstiger Anwendungsfall des Substantialprincips (namentlich das Fortbestehen der alten Substanz in der neuen Species, in Fällen wo der subjectiven Specificationsarbeit kein Raum zugestanden werden soll) aus der Attraction der Sachen (dem Aneinanderkleben von Form und Materie) zu erklären[3]).

3) Vangerow, P. §. 310. „die Sabinianer nahmen eine Art der Accession an, indem sie nämlich die neue Form nur als etwas dem Stoffe als der Hauptsache Hinzutretendes betrachteten".

42 Wenn ich mich hier in Betreff des Substantialprincips auf das Gesagte beschränke, und also namentlich eine detaillirtere Darlegung der Accession (mit der genaueren Scheidung dessen, was darin rein naturaler Stoff, und positiv-civile weitere Ausbildung des Römischen Rechtes ist) unterlasse, so geschieht es mit Hinblick auf die mir für diese Schrift gesetzten äußeren Gränzen, und aus dem Grunde, weil die eigentlichen Resultate dieser Schrift, um die es mir vorzugsweise zu thun ist, von solcher Weiterführung der Grundgedanken in das Detail schwerlich abhängen werden. Auch auf die Gegenüberstellung einerseits der beiden naturalen Principien und andererseits der im Römischen Eigenthumserwerbsrechte zur Geltung gelangten civiles rationes, auf die Darlegung der inneren Verschiedenheit dieser letzteren von dem naturalen Grundstoff des Eigenthums verzichte ich hier. Es wird in dieser Hinsicht wohl Manches bei richtiger Erkennung des naturalen Eigenthumsbestandes ein wesentlich anderes Licht erhalten können, aber es liegt nicht in den Zwecken dieser Schrift hierauf einzugehen. Wenn die in dieser Schrift gegebenen Nachweisungen überhaupt im Stande gewesen sind zu überzeugen, so werden sie auch den Leser leicht veranlassen auf dem angeregten Gedankengange selbst weiter fortzugehen.

43 §. 43. In Gemäßheit eines früher für diese Studien gegebenen Versprechens [1]) unterlasse ich es zu untersuchen, wie viel sich durch Subsumtion des Deutschen Rechts unter die hier gewonnenen rationellen Grundlagen des Eigenthumsrechtes für das Verständniß der germanistischen sachenrechtlichen Institute gewinnen läßt. Nur eine Bemerkung muß ich hier zum Schluß hinzufügen. Einen wesentlich fördernden Gedanken zur richtigen Subsumtion dieses Deutschen Rechts hat neuerdings

1) S. das erste Heft S. 133.

in einer interessanten Schrift Stein ausgesprochen [2]). Er findet, daß im Deutschen (derivativen) Erwerbsacte ein Willensmoment steckt, das, lediglich auf die Willensmacht des Individuums sich stützend, ein Verhältniß zwischen Subject und Object knüpft, welches auch durch Besitzverlust nicht gelöst wird. Im Uebrigen hat Stein die Zurückführung des Rechtsinstituts der Gewere auf die richtige Stellung zu Besitz und Eigenthum wohl nicht gefunden. Man muß dazu erst erkennen, daß Besitz wie Eigenthum factische Verhältnisse sind, Besitz aber ein voluntares, Eigenthum ein naturales. Man muß erst wissen, daß dies Sätze sind, die über aller positiver Rechtsgestaltung stehen, oder umgekehrt unter aller positiver Rechtssatzung als die factische Basis liegen, auf der dann der Nationalgeist der einzelnen Völker in der verschiedensten Gestaltung sein Rechtsgebäude aufführt. Dann aber wenn man in Betreff des Eigenthumsverhältnisses dahin gelangt ist, dasselbe von Innen heraus zu denken, wird man auch erkennen, daß es Irrthümer der Theorie sind, nicht aber „der diametral entgegenstehende Standpunkt des Römischen Pandektenrechtes", wenn heutzutage gelehrt wird, daß das Eigenthum nicht eine „Offenbarung der eigenen Willensmacht des Individuums", sondern lediglich eine Schöpfung des Rechtssatzes, „eine dem Individuum gemachte gesetzliche Concession" sei [3]).

Das *δός μοι ποῦ στῶ*, wonach Stein sich sehnt, und was er lediglich im germanischen Rechte zu finden meint, ist vorhanden, und in einer Weise vorhanden, daß ein volles wissenschaftliches Begreifen des Römischen wie des Deutschen Rechtes neben einander, ohne gewaltsames Zwängen des einen unter das andere, durchaus möglich ist. Das *δός μοι ποῦ στῶ* liegt in der richtigen Verwendung eines lauten Geheimnisses. Es

2) Fr. Stein Untersuchungen über die Entwicklung und Fortbildung des deutschen Sachenrechts. Erste Abth. (1857).

3) Stein S. 78.

43 ist darin gegeben, daß man in den menschlichen Lebensverhältnissen die naturalis ratio (ein Ding, über das heutzutage die unrichtigsten Ansichten umlaufen) wissenschaftlich untersucht; daß man die voluntaren Elemente, aus denen im menschlichen Zusammenleben Gestaltungen hervorgehen, genau davon trennt; und daß man schließlich die Rechtssatzung mit vollständiger Ermittlung des darin steckenden Willens (und zwar wieder mit sorgfältiger Trennung des bloß die naturalis ratio anerkennenden und des eine civilis ratio schaffenden oder ein jus singulare setzenden Willens) zur Anschauung bringt. Es ist richtig daß man sich gegen eine heutzutage wieder auflebende Tendenz neuerer Juristen zu erklären hat, welche: „sich nicht auf dasjenige beschränken, was in den Quellen des Rechts exprimirt ist, sondern in der Weise selbständiger verfahren, daß sie eine mehr oder minder aprioristische Aufstellung von Rechtsprincipien um deßwillen sich erlauben zu dürfen glauben, weil der Standpunkt der Römischen Jurisprudenz ihnen nicht für eine der Phasen in der Entwicklung der juristischen Begriffe überhaupt und für nichts weniger als einen exclusiven oder einseitigen Standpunkt, sondern selber für eine aprioristische allgemein wahre Auffassung des Rechtes gilt“[4]. Man muß sich gegen diese irrthümliche Richtung erklären, aber nicht das Römische Recht selbst auf jenen Irrthum gebaut glauben. Nicht mit den construirenden „Erfindungen“ einer „höheren“ neues Recht machenden Wissenschaft werden wir die wirkliche Wissenschaft vorwärts bringen, sondern auf anderem Wege. Aber anerkennen müssen wir daß die Arbeit zum großen Theil noch vor uns liegt, in der es sich, wie Stein (S. 82) treffend sagt, „um die innere nicht die formale Begründung der Privatrechte handelt“. Und diese Arbeit wird sich mit dem Römischen Rechte vollführen lassen.

4) Stein S. 81.

Beilagen.

Beilagen.

Erste Beilage.

Physiologische Betrachtung des Eigenthums.

I. Der Zweck der vorstehenden Schrift war, das Eigen- 1.
thumsverhältniß in seiner selbständigen Bedeutung und seiner Stellung gegenüber dem Römischen positiven Eigenthumsrechte darzulegen. Die factische Natur des Eigenthumsverhältnisses habe ich die Physis des Eigenthums, die Untersuchung derselben eine physiologische genannt.

Wenn man sich auf diesen Standpunkt stellt, die dem Factischen innewohnenden Naturgesetze im Gegensatze zu dem, was erst die positive Menschensatzung feststellt, selbständig zu prüfen, so wird man sehr leicht dahin gedrängt in Gedanken sich zu vergegenwärtigen, wie man sich für das, was man in der späteren zusammenlebenden Menschheit als festgeschlossenen Organismus fortgetragen sieht, die Entwicklung aus den ersten factischen Elementen vorzustellen habe. Es lag mir danach bei den Untersuchungen der vorliegenden Schrift über die Natur des Eigenthums die Frage sehr nahe, ob und wie man sich die ersten treibenden Momente, aus denen heraus das Eigenthum in der Menschheit sich factisch gestaltet hat, auseinander legen könne. Ich theile im Folgenden den Versuch mit, der aus

1. dem Streben, mir diese Frage zu beantworten, hervorgegangen ist. Ich verkenne nicht die Gefahren, denen ein solcher Versuch ausgesetzt ist. Wollen wir nämlich überhaupt eine Antwort auf solche Fragen gewinnen, so müssen wir nothwendig zuvor den Gesichtskreis erweitern. Wollen wir uns vergegenwärtigen, wie sich ein Lebensverhältniß, wie das des Eigenthums, aus dem menschheitlichen Zusammenleben heraus überhaupt entwickeln kann, so müssen wir zugleich auf andere sociale Organismen, die die Menschheit in sich forträgt, den Blick werfen. Die Gefahr liegt hier nahe, daß man in willkürliches Parallelenziehen fällt. Doch die Frage ist wichtig genug, um nichtsdestoweniger den Versuch der Lösung zu wagen. Waffnen wir uns mit Behutsamkeit, um wo möglich jener Gefahr zu entgehen.

Es liegt nahe für die Entwicklung des Eigenthumsorganismus die Entwicklung des Sprachorganismus als Parallele herbeizuziehen. Hugo, dem in neuerer Zeit so wenig würdig Beurtheilten, verdanken wir vorzugsweise die Zusammenstellung des Wesens des Rechtes mit dem der Sprache [1]). Es ist dies ein wesentliches Stück der Gesammtanschauung, mit der Hugo zuerst der Zurückführung alles Rechtes auf das Gesetz entgegentrat, und welche dann zu dem siegreich durchgedrungenen Verständniß des Gewohnheitsrechts geführt hat. So ist denn auch die Zusammenstellung von Recht und Sprache oft genug wiederholt worden. Um aber die Parallele, die zwischen beiden, dem Rechtsgebiete und dem Sprachgebiet, besteht, ganz präcis festzustellen, muß doch noch ein Punkt hinzugefügt werden. Wirklich parallel stehen nicht die Sprache und die Rechtssatzung, sondern die Sprache und die unter den Menschen sich organisirenden factischen Lebensverhältnisse, zu

1) S. z. B. Hugo Encyclopädie 8. Aufl. S. 21.

welchen letzteren dann noch die äußere Satzung der einzelnen Völker, also die das Lebensverhältniß zum Rechtsverhältniß erhebende menschliche Anordnung hinzutritt. Ich habe dies schon früher hervorgehoben und dabei noch bemerkt, daß auch über dem zunächst vorhandenen naturalen Sprachorganismus sich menschliche äußere Satzung in den einzelnen Volkskreisen feststellen kann, wenngleich dies in viel geringerem Umfange vorkommt wie im Rechtsgebiet [2]).

Treten wir nun näher an die Parallele zwischen der Bildung des Sprachorganismus und des Eigenthumsorganismus unter den Menschen heran. Ich nehme mir hiebei als Führer auf der Seite des Sprachgebietes den Meister der Sprache Wilhelm von Humboldt. Ich hatte mir erlaubt die von Humboldt aufgestellten beiden Momente für die Sprachbildung, nämlich des menschlichen Subjectivirens und Objectivirens der Dinge, schon in dem ersten Hefte dieser Studien (S. 46) in Betreff des Eigenthums andeutend zu verwenden, und damit die Verbindlichkeit übernommen den genaueren Nachweis zu liefern, wie dies zu verstehen sei. Ich will versuchen diese Verbindlichkeit in dieser Beilage zu lösen. Zuvor aber muß ich noch besonders betonen, wie ich die im Folgenden durchgeführte Parallele zwischen Sprachentwicklung [wobei ich vorzugsweise gern Humboldt's eigene Worte aufnehmen werde] [3]) und Eigenthumsentwicklung verstanden zu wissen wünsche.

---

2) S. diese Studien. Erstes Heft S. 64.

3) Wilh. v. Humboldt hat bekanntlich seine Ansichten über die Sprachgestaltung vorzugsweise in der Einleitung zu dem Werke über die Kawi-Sprache (Bd. I.) zusammengefaßt. Seit dem Erscheinen des ersten Heftes dieser Studien (1854) hat Haym (1856) in seinem Werke „Wilh. v. Humboldt, Lebensbild und Charakteristik" eine sehr dankenswerthe kurze Zusammenstellung der Humboldt'schen Ansichten über die Sprache geliefert (S. 492—560), die ich neben dem ersten Bande des Kawi-Werkes im Folgenden ebenfalls citiren werde. Wo ich in den folgenden §. II—VI mit

I. Die Frage, wie die Sprache sich bildet, ist bekanntlich eine keineswegs zweifelsfreie und erledigte. Es kommt mir nun nicht in den Sinn aus gewissen Sätzen über die Sprachentwicklung, auch wenn sie Humboldt ausgesprochen hat, die Eigenthumsentwicklung *beweisen* zu wollen. Das Sprachliche steht vielleicht weniger fest, als sich allenfalls die Entwicklung des Privat-Eigenthumsverhältnisses wird feststellen lassen. Dasjenige was ich vorzugsweise durch die Herbeiziehung der Humboldt'schen Sprachansichten zu gewinnen wünsche, ist vielmehr Folgendes. Humboldt hat bei seiner Nachweisung der Sprachentwicklung mit wunderbar tiefem Blick das *thätige Herausgehen des Individuums*, aus sich selbst und seinen Mitmenschen gegenüber, auseinandergelegt. Dies ist ein für die Sprachentwicklung wie die Eigenthumsentwicklung gemeinsames höheres Moment. Dies ist es was zu verwenden vorzugsweise in meiner Absicht lag. Mag es daher sein daß sich aus diesem Höheren in der Sprache Manches und Vieles doch vielleicht anders fassen läßt, als Humboldt es aufstellt. Ich will darüber nicht entscheiden. Aber das was sich aus jenem höheren Momente für die Eigenthumsentwicklung ableiten läßt, mag danach wohl seinen Bestand behalten können, auch wo die directe Parallele mit dem rein Sprachlichen Unrichtigkeiten oder wenigstens Unsicherheiten in sich fassen sollte.

II. II. Die Erkennung des Wesens der Sprache ist eine „Physiologie des intellectuellen Menschen", es wirkt im Sprachgebiete „der menschliche Geist wie Natur"; ein „Werk des Vernunftinstinctes ist es, um das es sich hier handelt" (Haym S. 496. 549).

Der Mensch erblickt um sich Dinge und andere Menschen. Die ersteren erkennt er als absolutes Nicht-Ich als *Object* im

---

doppelten Anführungszeichen („—") fremde Worte einflechte, sind es Humboldt'sche.

wahren Sinne, den Nebenmenschen erkennt er als Du[1]). Schon die Sprache beweist (Haym S. 499), „daß der Mensch nicht eine an sich abgesonderte Individualität besitzt, daß Ich und Du nicht bloß sich wechselseitig fordernde, sondern wenn man zu dem Punkte der Trennung zurückgehen könnte, wahrhaft identische Begriffe sind, und daß es in diesem Sinne Kreise der Individualität giebt, von dem schwachen hülfsbedürftigen und hinfälligen Einzelnen hin bis zu dem uralten Stamm der Menschheit, weil sonst alles Verstehen bis in alle Ewigkeit hin unmöglich sein würde". „Was aus dem stammt, welches eigentlich mit mir eins ist[2]), darin gehen die Begriffe des Sub-

1) S. auch Fichte's Naturrecht I. S. 78. Es wird von Interesse sein, noch einigemal Fichte's Auffassungen aus einer Partie seines Werkes zu citiren, die sich von seiner eigentlich naturrechtlichen Theorie innerlich ganz abscheidet, und die noch heute vom bedeutendsten Werth ist, während das naturrechtliche System gefallen ist, wie die übrigen.

2) Vergl. Fichte's Naturr. I. S. 38. 39: ‚Die Erkenntniß des einen Individuums vom anderen ist bedingt dadurch, daß das Andere es als ein freies behandle' — ‚nicht daß dasselbe an sich und abstrahirt von mir und meinem Bewußtsein etwa vor seinem Gewissen (das gehört in die Moral) oder vor Anderen (dies gehört vor den Staat) mich anerkenne, sondern daß es mich nach meinem und seinem Bewußtsein synthetisch in Eins vereinigt dafür anerkenne'. ‚Das Verhältniß freier Wesen zu einander ist daher das Verhältniß einer Wechselwirkung durch Intelligenz und Freiheit'. — Auch Fichte erkennt hiemit an, daß der eigentliche Grund der Stellung des Menschen zum Menschen nicht erst die Sittlichkeit (s. oben §. 5 Note 2) oder die positive Rechtssatzung, sondern lediglich die Thatsache, das Factum des gemeinschaftlichen Bewußtseins ist; S. 43. ‚Der Begriff der Individualität ist ein Wechselbegriff, d. i. ein solcher der nur in Beziehung auf ein anderes Denken gedacht werden kann, und durch dasselbe und zwar durch das gleiche Denken der Form nach bedingt ist. — Er ist demnach nie mein, sondern meinem eigenen Geständniß und dem Geständniß des Anderen nach, mein und sein, sein und mein, ein gemeinschaftlicher Begriff in welchem zwei Bewußtsein vereinigt werden in Eins. — Durch den gegebenen Begriff ist eine Ge-

II. jects und Objects, der Abhängigkeit und Unabhängigkeit in einander über". — Seitdem eine Menschheit besteht, ist es ein als Natursatz von der Menschheit nicht Geläugnetes, so sehr sich auch menschliche Satzung davon abwandte, daß der Mensch dem Menschen, den er sprachlich und also geistig versteht, gleich sei, daß er mithin von Natur aus nicht Object von Rechtsverhältnissen sei. Object dagegen ist das, welches zwischen sich und meinem Ich eine unübersteigliche Kluft für Verständniß der Sprache, geistige Gemeinschaft, und also die über die augenblickliche individuelle Trennung hinaus vorhandene Einheit hat. Weil nun die geistige Kraft des menschlichen Ich überwiegt, so begründet sich die factische Macht über diese Dinge als über Objecte, d. h. über Nicht-Ich's, die auch nicht Du sind.

Die erste Art nun wie der Mensch, abgesehen von dem bloß sinnlichen Wahrnehmen, diesen Dingen gegenübertritt ist die Sprache. Er benennt sie, und dies Benennen ist schon halbes Bemeistern. „Die Sprache bezeichnet (abgesehen von der Persönlichkeit selbst) ursprünglich Gegenstände" (Haym S. 540), „äußere und innere Objecte" (Haym S. 544). Der Mensch macht sich von dem Ding eine Vorstellung d. h. er setzt den Gedanken von dem Ding körperlich und hörbar aus sich heraus durch den Laut, und dies Objectiviren des Dings ist etwas, ohne das sich die wirklich abgetrennte articulirte Vorstellung nicht denken läßt (Haym S. 501). Das äußerlich Setzen ist zum

---

meinschaft bestimmt' [m. a. W. diese Gemeinschaft ist ein von vorn herein gegebenes naturales Verhältniß, eine Thatsache] ,und die weiteren Folgerungen hängen nicht bloß von mir, sondern auch von dem ab, der mit mir dadurch in Gemeinschaft getreten ist. Nun ist der Begriff nothwendig, und diese Nothwendigkeit nöthigt uns Beide über ihn und seine nothwendigen Folgen zu halten, wir sind Beide durch unsere Existenz an einander gebunden und einander verbunden'. s. auch ebendas. I. S. 87 bis 89. 93.

Beil. 1. II.

articulirten Denken unentbehrlich, das Sprechen also etwas aus dem Menschen Hervorbringendes, ganz abgesehen von der Mittheilung an das Du. Die Sprache aber als „Product des intellectuellen Instinctes" ist „nicht wie ein todtes Erzeugtes sondern weit mehr wie eine Erzeugung anzusehen". Es ist „kein Werk (ἔργον) sondern eine Thätigkeit (ἐνέργεια)" (Kawi p. LV. LVI). Es ist ein Bemeistern, ein subjectives Festhalten des Dings, ein Subjectiviren der Welt (Haym S. 501), und ebendeßhalb ringt das Ich fortwährend, das Ding nach allen seinen Seiten festzuhalten, es findet „eine Arbeit" statt, „ein „Kampf" des sich vollkommen des Dings Bemeisternwollens, und also des Strebens im Laut auch vollständig den subjectiven Gedanken zu objectiviren und zu verkörpern (Haym S. 511. 515. Kawi p. LV. LVII. LXVII — LXXV. LXXIX). Die Sprache ist „eine zweite von dem Menschen nach den Eindrücken, die er von der wahren empfängt, aus sich selbst heraus objectivirte Welt" (Kawi p. XC). „Die Sprache stellt niemals die Gegenstände, sondern immer die durch den Geist in der Spracherzeugung selbstthätig von ihnen gebildeten Begriffe dar" (Kawi p. CCXIII) [3]).

---

3) Vergl. hiemit Fichte's Naturr. I. S. 13: ‚Der menschliche Geist hat alles, was er außer sich wahrzunehmen glaubt, doch nur aus sich selbst hervorgebracht' [‚productive Einbildungskraft' S. 57]. S. 33: ‚Das ist die Realität der Welt — es versteht sich für uns d. h. für alle endliche Vernunft'. S. 31: ‚Das vernünftige Wesen setzt damit sich selbst, dies aber kann es nur in Folge einer Aufforderung zum Handeln und geschieht solche Aufforderung, so muß das vernünftige Wesen nothwendig ein vernünftiges Wesen außer sich setzen als Ursache derselben'. [Eigenthümlich ist dann folgende Wendung: ‚Die Aufforderung zur freien Selbstthätigkeit ist die Erziehung, die der Mensch dem Menschen giebt, wobei wir aber allerdings auf einen Anfangspunkt zurückgewiesen werden, wo nicht schon der Mensch den Menschen erzog'. S. 32: ‚Ein Geist nahm sich ihrer (des ersten Menschenpaares) an, ganz so wie es eine altehrwürdige Urkunde darstellt, welche überhaupt die tief-

II. Was bei der Sprache für die unsichtbaren wie die sichtbaren Dinge der Welt besteht, daß nämlich ein fortwährendes Subjectiviren (Bemeistern, Ansichziehen) und Objectiviren (äußerlich Setzen, Beherrschen) stattfindet, das findet nun auch in weiter gehendem Umfange in Betreff der den Menschen umgebenden Welt statt. Bleiben wir bei den greifbaren Dingen der Welt stehen. Das Sprechen ist zunächst nur formelles Bemeistern und Beherrschen der Dinge. Aber der Mensch ist auf die Welt zu seiner physischen Existenz angewiesen; derselbe „intellectuelle Instinct" der zuerst die Sprache aus dem Menschen hervordrängt, drängt ihn auch, materiell der Dinge sich zu bemeistern und sie seinen Zwecken und Bedürfnissen gemäß zuzubereiten. Dies materielle Bemeistern ist nicht ἔργον, sondern ἐνέργεια. Das Wenigste wird ihm von der Natur so dargeboten, daß er es unmittelbar verbrauchen könnte, und auch die wilden Früchte die er pflückt und nicht gleich verzehrt, setzen Arbeit voraus d. h. die Anlegung eines Gewahrsams, ein dauerndes Bewachen, wodurch der Mensch das an sich Gewonnene, also Subjectivirte, auch nun äußerlich als solches hinstellt, objectivirt. Bei weitem das Meiste muß zu den menschlichen Bedürfnissen zubereitet, muß gepflegt gehütet werden,

---

sinnigste erhabenste Weisheit enthält und Resultate aufstellt, zu denen alle Philosophie am Ende doch wieder zurückmuß'.] — Dieser vom Menschen aus producirten Welt, mit der sich Fichte eigentlich beschäftigt, setzt er dann als gegebene Thatsache das wirkliche Entstehen der Naturdinge gegenüber, deren Gründe er dahin gestellt sein läßt. I. S. 105: ‚Die Natur ist es, welche mehre vernünftige und freie Wesen nebeneinander in der Sinnenwelt wollte, indem sie der Ausbildung zur Vernunft und Freiheit fähige Leiber producirte. Es wird nicht gesagt: die Natur hat Verstand und Willen, darüber bescheidet man sich seiner Unwissenheit, sondern nur: wenn man ihr etwa bei ihren Verrichtungen Verstand und Willen zuschriebe, so könnte ihr Plan kein anderer sein als der, daß freie Wesen nebeneinander bestehen sollen'.

daß es nicht verderbe ausarte, muß bearbeitet cultivirt umgestaltet werden, setzt längere Vorarbeiten voraus, damit man es überhaupt gewinnen uud sich unterwerfen kann, muß bewacht werden gegen den Nebenmenschen, der es dem Erarbeitenden nehmen mögte.

Kurz also: Alles, was aus der Welt dem Menschen dienstbar werden soll, wird *erarbeitet*, und diese Arbeit ist dauerndes Ringen und Bemeistern. Zunächst schon das Subjectiviren der Sache ist nicht ein bloßes Greifen sondern ein Erarbeiten, aber auch das Objectiviren des zur Sache begründeten Verhältnisses ist dauernde Arbeit. Der Mensch macht äußerliche Satzung und Einrichtung, wodurch sie als subjectivirt, als die seinige hingestellt wird, wodurch dem Mitmenschen es äußerlich gleich erkennbar wird, daß dies Ding von einem Anderen bereits subjectivirt ist. Dieses Ringen und Bemeistern der Natur gegenüber ist ein fortdauerndes von Seiten der ganzen Menschheit, eine von dem *einzelnen* Menschen als solchem ausgehende Kraftäußerung. Nennen wir es die *Privatarbeit*, im Gegensatz zu dem Begriff der Nationalarbeit d. h. der weiterhin sich entwickelnden Theilung der Arbeit zum Zweck der besseren Erreichung aller Gesammtbedürfnisse. Was erarbeitet ist, das *dient* nun dem Subject als Object, das Subject hat es *verdient*, es hat es nicht bloß ergriffen, sondern sich *angeeignet*. Die Privatarbeit ist also Verdienst, und was man so verdient hat das nennt man, indem man ihm seinen subjectiven Stempel aufgedrückt hat, das ‚Seinige', ‚sein Eigen'. Kommt nun ein Anderer, der die Sache sich nicht verdient hat, und sucht sie wegzunehmen, so fühlt man sich vollkommen ‚befugt' (nicht: ‚berechtigt'), die Sache mit aller seiner Macht, und Allen gegenüber zu vertheidigen. Im Verdienthaben findet das Individuum den Grund, daß kein neben ihm stehendes Individuum ihm die Sache wegnehmen darf, daß es alle seine

II. eigene Kraft anwendet seine Herrschaft über die Sache fortzuführen. Das Verdienthaben ist aber auch der Grund, der dem Individuum das Bewußtsein giebt, daß wenn nun doch ein anderes Individuum ihm das Verdiente nimmt, Verwandte und Freunde und Andere, daß namentlich auch ‚die Götter' ihm beistehen werden, ‚das Seinige' zurückzuerlangen. Eigenthum ist das Verdiente, das Erarbeitete, „eine wahre Welt, welche der Geist zwischen sich und die (Natur-) Gegenstände durch die Arbeit seiner Kraft setzt" (Kawi p. CCXXI.).

III. III. Stellen wir genauer die Parallele der Thatsachen fest. Was bei der Sprachthätigkeit das Ansichziehen des Dings durch Auge Ueberlegung u. s. w. ist, das ist im Privatverkehr das reelle Erringen der Sache durch Arbeit (Urbarmachung, Erjagung mit Waffen und Netzen u. s. w.): das Subjectiviren; — was dort das Bezeichnen des Dings oder das äußerlich gesprochene Wort ist, das ist hier das äußerliche Erkennbarmachen der Sache als der seinigen in einem Acte, der mit jenem ersten des Bemeisterns äußerlich zusammenfallen, aber sich auch ganz davon trennen kann: das Objectiviren.

Das Wort ist der Vermittler „zwischen dem einen und dem anderen Individuum". „Das Leben, aus dem es hervorströmt, haucht sein lebendiger Klang in den Sinn der es aufnimmt". „Die Sprache läßt sich überhaupt nur als ein Product gleichzeitiger Wechselwirkung denken, bei welcher Jeder seine und aller Uebrigen Arbeit zugleich in sich tragen muß", „denn Verstehen und Sprechen sind nur verschiedenartige Wirkungen der nämlichen Sprachkraft". „In dem Verstehenden wie dem Sprechenden muß der Stoff der Rede aus der eigenen inneren Kraft entwickelt werden, und was der Erstere empfängt, ist nur die harmonisch stimmende Anregung" (Haym S. 498). — In dem Arbeiten liegt auch eine Sprache, eine Sprache der That, welche jedes Du vollständig versteht, wenn das Ich sie ge-

sprochen hat, und stets in der alten Ursprünglichkeit tritt dies in der mannigfachsten Weise hervor. Zwei Kinder, von denen das Eine sich im Wege des Gartens ein Schloß aus Sand gebaut hat, verstehen es vollständig, daß das Andere nicht ‚befugt' ist es zu zerstören; jenes wird sich gegen den Angriff vertheidigen, ‚Götter' und Eltern zu Zeugen und Helfern anrufen, es wird die geschehene Störung für Frevel erklären. Drei Männer, die sich auf einsamer Insel Jeder seine Hütte gebaut haben, stehen in gleichartiger Stellung, und doch ist hier von ‚Recht' nicht die Rede. Man sagt wohl, dies ergebe sich aus ‚der Idee der Gerechtigkeit', ‚dem inneren Wesen des Rechts', ‚dem Principe des Rechts' [1]); aber damit ist noch gar nichts erklärt, es heißt das mit einem unklaren Worte die Frage zudecken. Wir stehen hier noch gar nicht auf dem Rechtsboden, sondern auf dem Boden der Thatsachen, der aber die volle wissenschaftliche Auseinanderlegung der darin enthaltenen einzelnen Momente ebensosehr fordert wie zuläßt. Auch kann man nicht sagen, daß in dem Zustande mehrer, zunächst noch ohne fixirtes objectives Recht zusammenlebender und Dinge erarbeitender, Menschen ein nur ‚unbestimmtes Bedürfniß nach Ausgleichung' und lediglich der Zustand des factischen Habens oder Besitzens bestehe [2]). Vielmehr ist die Stellung der Individuen zu einander von vorn herein ganz klar und bestimmt, wenn auch nicht immer mit der größten wünschenswerthen Sicherheit bekleidet. Wir sehen dies bei Völkern, die in Betreff des Landes und beweglichen Guts, das sie sich durch Ansiedlung Industrie u. s. w. verdient und erarbeitet haben, anderen Völkern gegenüber den ganz klaren Begriff des Nationaleigenthums vollständig kennen, und danach im Krieg vor ‚Göttern und Menschen' die Sache der Vertheidigung ihres Vaterlandes als

1) s. z. B. Puchta Curs. d. Inst. I. §. 33 (4. Aufl.) S. 101.

2) Savigny Syst. I. S. 368.

III. eine ‚befugte' vertheidigen, auch wo sich zwischen diesen Völkern ein wirklicher völkerrechtlicher Rechtssatz, wonach ihnen auch ein wirkliches völkerrechtliches Eigenthum zuzuerkennen wäre, noch gar nicht fixirt hat[3]).

Was also im Sprachacte das Verständniß ist, das ist im Privatverkehr die Anerkennung des nebenstehenden Individuums, die wir aber von der positiven Rechtssatzung sowie von der Heiligung des Bestehenden durch ein in einer Gesammtheit herrschendes sittliches Postulat noch völlig zu scheiden haben. Jene Anerkennung ist die Folge der äußeren Satzung oder Objectivirung der subjectivirten Sache, sie findet aber ihre eigentliche Erklärung nicht etwa bloß in dem äußeren Zweckmäßigkeitsgesichtspunkt: ‚was du mir das ich dir'[4]), sondern der tiefere Grund ist derselbe, den Humboldt für das Verständniß des Worts entwickelt, die ideale Einheit des Ich und des Du. Diese Anerkennung ist aber nicht etwa eine besondere Erklärung oder gar ein Vertrag einiger oder mehrer Personen (d. h. irgend eine Zusicherung oder Garantie); sie ist nichts als das factisch im Handeln sich neben, nicht über seines

---

3) So wenig wie auf den Rechtssatz und den Rechtsschutz kann man auch den Grundkeim des Eigenthums auf einen sittlichen Satz und sittlichen Schutz zurückführen. Das zuerst factisch Gestaltende ist vielmehr arbeitende Einzelthat dem Object gegenüber, getrieben durch Einzelinteresse (Egoismus, der nicht mit Selbstsucht zu verwechseln ist), und geschützt durch Einzelkraft (Selbsthülfe); zu diesem zunächst Naturalen tritt dann alsbald unter einer zusammenlebenden Gesammtheit eine das factisch Organisirte heiligende sittliche Anschauung, ein sittliches Interesse der Einzelnen, und ein sittlicher in der Gesammtanschauung liegender Schutz (s. auch diese Studien zweites Heft S. 168 ff.). Dann erst später setzt sich Rechtssatz, Rechtsschutz, juristisches Interesse fest.

4) ‚Maxime der Coexistenz'. s. z. B. Groß Naturrecht S. 14. 15.

Gleichen Stellen[5]). Sie ist unter einer Mehrzahl zusammenlebender und gleichartig ihren Lebensbedarf erarbeitender Menschen (oder Familien), unter denen also eine gewisse Arbeitsweise ein thatsächlich allgemein Adoptirtes, eine Einrichtung geworden ist, — das Wissen und Verstehen, daß der Nebenmann sich ebenfalls seinerseits seine Welt körperlicher Dinge erarbeitet. Die Ursache aber dieser Anerkennung ist die Objectivirung der Subjectivirung der Sache, d. h. ein Zustand der Sache, der entweder schon unmittelbar durch die subjectivirende Arbeit selbst und die dadurch hervorgerufene Gestalt der Sache, oder durch anderweite Momente (Gewahrsam Zeichen u. s. w.) jedem anderen Individuum es an der Sache selbst kenntlich macht, daß dieselbe von einem Anderen erarbeitet sei. Für diesen Letzteren aber ist der Grund, worauf er sein Verhältniß zur Sache, sein Eigenthum, baut, lediglich seine Arbeit. Dies Arbeitsprincip in seiner civilistischen Bedeutung für das Eigenthum durchzuführen, ist einer der Hauptzwecke dieser ganzen Schrift. Daß die Arbeit der Grund des Eigenthums sei, ist namentlich von Nichtjuristen schon oft ausgesprochen worden[6]);

---

5) Fichte Naturr. I. S. 42: ‚Nur Handeln ist ein solches gemeingültiges Anerkennen'.

6) s. z. B. Roscher Syst. der Volkswirthsch. I. §. 77 und die Note 2 Citirten. Insbesondere hat bekanntlich Locke (on civil government II. §. 25 bis 51 [in der deutschen Ausgabe von 1718 Cap. IV. S. 38—89]) das Eigenthum auf die Arbeit zurückgeführt [s. auch Stahl R. Ph. (3. Aufl.) I. S. 322. Warnkönig R. Phil. No. 155]. Aber die eigentlich civilistische Frage über die Bedeutung des Arbeitsprincips wird ganz bei Seite gelegt, wenn man mit Locke einfach sagt: Der Mensch bedarf der zubereiteten Sachen, durch die Arbeit bekommt er ein Naturrecht auf die Sachen, aber er hat nach dem Gesetze der Natur auch nur ein Recht, sie nach dem Maaße seines Bedürfnisses zu behalten und aufzusparen. Locke verwendet den Arbeitsbegriff doch nur in dem Gebiete einer naturrechtlichen Theorie, und daher eben mag es gekommen sein, daß die lichtvollen Gedanken, welche

III. im Gebiete der civilistischen Wissenschaft hat der Gedanke so gut wie todt gelegen. Und in der That ist er so nackt ausgesprochen für den Juristen todt, er bekommt für ihn erst Leben und Bedeutung, wenn wir im Stande sind seine allgemeine Wichtigkeit für die wissenschaftliche Erklärung eines positiven Rechtes, sei es nun des Römischen oder des Deutschen, durch alle Einzelnheiten hindurch zu erweisen.

IV. IV. Die Arbeit ist das, worauf jeder Mensch hingewiesen ist; ‚im Schweiße deines Angesichts sollst du Dein Brod essen'. Der arbeitende Mensch d. h. der sich mit Eigenthum versehende Mensch ist mit derselben Naturnothwendigkeit gegeben, wie der sprechende Mensch. Gehen wir in die allerursprünglichsten Zustände zurück, in denen nur einzelne Familien in losester Berührung stehend neben einander leben, ja gehen wir auf die ersten Menschen, ein Minimum des Erarbeiteten und also den Begriff des Meinseins auf Grundlage der Arbeit, ein Zelt, eine Hütte, Waffen, Kochgeschirr, die ersten Anfänge einer Bekleidung, ein Fell, ein Tuch finden wir doch immer schon bei ihnen. Die Grundlage dieses Begriffs ist das mit Mühe, Anstrengung, Kraft und Geschicklichkeit, Einsetzung der Persönlichkeit verbundene Erringen; also doch immer, wie

---

sich bei Locke über die factische Stellung der Arbeit zum Eigenthum in der That finden, in ihrer Vermischung mit dem naturrechtlichen Standpunkt für das civilistische Verständniß des positiven Eigenthumsrechts so gut wie ohne alle Frucht geblieben sind. — Stecken doch überhaupt in den naturrechtlichen Schriften viele sehr richtige Beobachtungen über das factisch-Naturale [das was Grotius im Gegensatz des jus naturale das naturale facti nennt; s. z. B. die vierte Beil. §. I. Nr. 1 a. E. und §. IV. Nr. 4 c a. E.], dessen civilistischer Bedeutung ich in diesen Studien überhaupt nachforsche. Aber die Vermischung dieser Resultate freier dogmatischer Anschauungen mit der Naturrechtstheorie hat gemacht, daß sie für dogmatisch-selbständiges civilistisches Denken meist unbenutzt blieben. Vergl. auch die dritte Beil. §. VII. a. E.

niedrig noch die Arbeit sein mag, das geistige Element, IV. das nun einmal in der Arbeit liegen wird, so lange die Welt steht. Der Grund des Eigenthums ist nicht erst ‚Autorität einer Gesammtheit', also ein mühelos dem Einzelnen in den Schooß Gefallenes[1]) — so daß vor einer derartigen Zusammenschließung der Gesammtheit, welche sie in die Lage setzt eine Zutheilung vorzunehmen, noch gar kein Eigenthum existirte, — vielmehr ist der Grund die eigene Thatkraft des Individuums. Nun ist aber durchaus nicht diese Thatkraft mit Stahl im Gegensatz zur ‚Autorität' als ‚Eigenmacht', als das beliebige Nehmen von Dingen, wo man sie findet, zu bezeichnen. Es ist die Thatkraft des zur Arbeit gedrängten Individuums, und die geistige und materielle Kraftanwendung, die eben die Thätigkeit zur Arbeit macht, ist relativ nicht geringer für den Indianer, der sich eine Schuhsohle fertigt oder ein Wild fängt, als für den Europäer, der sich eine Locomotive baut oder mit dem galvanischen Strom im Eismeer einen Wallfisch tödtet.

Es ist das Geheimniß der Arbeit wie der Sprache, daß sie der Grund der höheren geistigen Entwicklung des Menschen werden. „Es findet sich in der ganzen Oeconomie des Menschengeschlechts auf Erden, daß eben dasjenige, was seinen Grund in Naturnothwendigkeit und physischem Bedürfniß hat, in der weiteren Entwickelung den ideellsten Zwecken dient". Das ‚Unterthanwerden der Erde' hat seine Bedeutung als Grundlage des Eigenthums gar nicht darin, daß einfach ohne subjective Thätigkeit des Menschen die Sachen, die nun einmal ihrer ‚Bestimmung' nicht entgehen könnten, ihm unterworfen seien[2]); auch nicht als bloßes äußerliches subjectives Nehmen

---

1) Stahl R. Ph. II. S. 360. — Ich werde auf die genauere Widerlegung dieser Ansicht zurückkommen; s. die dritte Beilage.

2) Den Satz: ‚seid fruchtbar und mehret euch und füllet die Erde und machet sie euch unterthan', bezeichnet Puchta als den ‚ältesten Rechts-

IV. dessen, was dem Menschen von der Natur zubereitet präsentirt würde. Die Natur fordert von der Menschheit und jedem Einzelnen geistige Selbstentfaltung durch Arbeit. Das Product dieser Arbeit, so wie sie primär sich auf die körperlichen Außendinge richtet, ist im Gegensatz der reinen Naturwelt die subjectivirte Welt der Menschen, sein ‚Eigen'.

Schon gleich in den rohesten Zuständen beginnt die Arbeit in einer Organisation aufzutreten, die dann in der weiteren Culturentwicklung der Menschheit bestimmt ist die gewaltigsten Dimensionen anzunehmen. Dies ist die Theilung der Arbeit. Die erste Theilung dieser Art tritt im Kreise der Familie zwischen Mann und Weib (mit Herzuziehung der Kinder) ein. Bei den verschiedensten Nüancirungen in den einzelnen Stämmen richtet sie sich im Großen doch immer nach den Hauptgegensätzen des Erwerbs von Außen (durch Jagd Kampf und dergl.) und im Inneren des Hauses (Fabrication der Bekleidung u. s. w.) ein. Stets aber bleibt dabei der Grundbegriff der, daß Arbeit etwas vom Individuum Ausgehendes ist, weil die geistige Kraft, die sich in dem Arbeiten thätig zeigt, der Ausfluß der einheitlichen Persönlichkeit ist. So ist denn auch das Product der Arbeit (soweit nicht anderweite Momente hinzutreten, die wir hier noch nicht vor Augen haben) ein zunächst auf das Individuum zurückfallendes. ‚Mein Arbeiten' erzeugt ‚mein Werk', und was das Individuum: ‚mein Werk' nennen kann, das nennt es ‚Mein'; es betrachtet das Ding als in die von ihm subjectivirte Welt hineingezogen.

Man muß sich in dieser Hinsicht nicht durch das Eigenthum am Grund und Boden täuschen lassen[3]). Das Grundeigen-

ausspruch'. Cursus der Inst. I. §. 24 S. 60. Es ist eine Vermischung ganz verschiedener Dinge, dies als Recht zu charakterisiren.

3) Wir dürfen den ersten Anfang des Grundeigenthums keineswegs

thum ist zunächst auch Einzelansiedlung. Aber in der ursprünglichsten Gestaltung der Verhältnisse eines Stammes ist dieser Begriff überhaupt noch gar nicht gekannt. Der Grund und Boden (Urwald Steppe u. s. w.) ist völlig res nullius, d. h. er gehört noch ganz der reinen Naturwelt nicht der subjectivirten Welt der Menschen an. Der ganze Aneignungsproceß der Menschheit, der ja ein noch immer fortschreitender ist, richtet sich zunächst nur auf das auf dem Boden Befindliche, die superficies, zur Gewinnung der Nahrung Kleidung u. s. w. Erst einer späteren Zeit gehört es an, daß statt des nomadischen Lebens und des transportabelen Zeltes, der Einzelne sich an günstiger Stelle einen dauernden Wohnsitz und ein festes Haus, als den Sammelpunkt seiner Familie seiner Heerden, als den Ausgangspunkt seiner Jagden, und als den sicheren Verschluß seiner Habe gründet. Erst mit der Einzelansiedlung beginnt der Begriff, daß nun auch der Boden selbst, mit dem was darunter ist, von dem Ansiedler erarbeitet sei[4]). Der Mensch muß sich erst

---

mit Stahl R. Ph. II. S. 360 auf die ‚Zutheilung durch die Obrigkeit' zurückführen.

4) S. auch Lex Baiuvar. tit. 16 c. 1 §. 2: si autem suum voluerit vindicare agrum aut pratum vel exartum — taliter vindicet: Juret — et dicat: Ego in tua opera priore non invasi contra legem nec debeo exire, *quia mea opera et labor prior hic est quam tuus.* Tunc dicat ille qui quaerit: Ego habeo testes hic qui sciunt, *quod labores de isto campo semper ego tuli, nemine contradicente exartavi, mundavi, possedi usque hodie,* et pater meus reliquit mihi in possessione sua. — Auch da wo bei den Deutschen Grundeigenthum von der Obrigkeit zugetheilt worden, anderes aber als Markboden verblieben war, kommt hiebei noch wieder das Ausroden und Urbarmachen (die Ansiedlung) als Grund der Umwandlung in reines Privateigenthum vor, wobei, da die Gesammtheit den Boden schon erworben hatte, nun nur die Beschränkung eintritt, daß auch den übrigen Genossen ein gleicher Theil zugewiesen werden soll. Lex Burg. tit. 13 de exartis: si quis tam Burgundio quam Romanus in sylva communi *exartum fecerit,* aliud tantum spatii de sylva hospiti suo consignet, et *exartum quem*

IV. durch seinen Sitz an die Scholle fixirt haben, ehe er die Scholle als Theil der von ihm subjectivirten Welt betrachten kann. —

Indem wir schon nach dem Begriff der Arbeit nothwendig darauf zurückgeführt werden, daß die Arbeit, und also auch ihr Product das Eigenthum, etwas vom Individuum (und den einzelnen Familien) Ausgehendes ist, so trifft dies mit der Quelle, aus der wir die Sprache haben hervorgehen sehen, vollständig zusammen. Die Existenz der Sprache ist schon bei den ersten Menschen anzunehmen, ganz ebenso aber auch der Eigenthumsbegriff. Der Grund Beider ist nicht ein sittliches Gebot, sondern eine naturale Entwicklung. Das einzelne Wort ist Theil des Sprachorganismus, seitdem der erste Sprechende mit diesem Wort oder diesem bestimmten articulirten Laut einen bestimmten Gegenstand bezeichnet und dem Zweiten Dritten verständlich gemacht hat (Haym S. 534), nicht erst von da an, wo der Zweite es gegen den Dritten, der Dritte gegen den Vierten und so fort es schon Jeder in der Gesammtheit und in längerem Lauf der Jahre sich angeeignet hat. Eigenthum ist wie das Wort zunächst individuelle That. Der Einzelne erfindet sich eine Waffe, eine Fußbekleidung, eine Bedeckung um sich zu verhüllen, einen Zierrath um sich zu schmücken, der Zweite siehts, versteht wie passend es ist und macht sich dergleichen ebenfalls. Und so der Dritte Vierte u. s. w. Schon der Erste hatte den Begriff des Eigenthums, des die Sache V e r d i e n t h a b e n s, und wie der Mensch zur Sprache (d. h. zur intellectuellen Weltbemeisterung) gedrängt wird, selbst wenn Niemand das Gesprochene hört, so erzeugt sich bei dem zur Arbeit getriebenen Menschen der Begriff des Erarbeiteten oder des Eigenthums (der reellen Weltbemeisterung) schon abgesehen von den Mitmenschen, mögen wir uns diese Mitmenschen ganz

fecit remota hospitis communione possideat (Privateigenthum); vgl. hierüber Eichhorn D. R. G. I. §. 58 Note a. u. b.

hinwegdenken[5]) oder mögen wir die vorhandenen Mitmenschen dem Arbeiter sein Werk gleichviel ob als mitschützend oder als mißgönnend voraussetzen.

Je nach den besonderen Verhältnissen, unter denen ein Stamm von einzelnen Familien lebt, pflegt die dieselben nährende Arbeit sich wesentlich verschieden zu gestalten; und je nach den verschiedenen Verhältnissen kann denn auch das Product der Arbeit, das Eigenthum, seine ursprüngliche Grundlage verschieben. Namentlich bei Stämmen, die zu Wanderungen veranlaßt worden sind und davon durch Gewinnung eines Führers, durch Ansiedlung in anderem Lande die Spuren einer neuen staatlichen Organisation an sich tragen, verschiebt sich äußerlich der Standpunkt des Eigenthumsgrundes, ohne doch innerlich ein wirklich anderer zu werden. Es kommt namentlich sehr häufig das vor, daß der Stamm, indem er in seiner Gesammtheit den neuen Wohnsitz errungen und anderen Völkerschaften gegenüber vertheidigt hatte, nun auch das Land im Ganzen an sich nimmt, und darauf eine geregelte Zutheilung an den Einzelnen erfolgt. Innerlich ist der Grund des Eigenthums derselbe, die Erarbeitung durch Kampf, der ja bei rohen kriegerischen Völkern als die ehrenhafteste Arbeit gilt[6]). Es hat sich nur so verschoben, daß dieses Volk der staatlichen Persönlichkeit der Gesammtheit zunächst das Eigenthum am Ganzen zuschreibt, und die Stellung des Einzelnen nun derivativ sich hieran anlehnt. Diese Verschiebung also ruht auf dem Einwirken staatlicher Elemente; immer aber wird hier der Eigen-

5) Wie bei dem einsam auf einer Insel Lebenden (Robinson), bei dem seine factische Macht über die ganze Insel und die darauf liegenden Sachen (Besitz) sich genau scheidet von dem durch ihn urbar gemachten und gegen die Thiere eingefriedeten Grund und Boden und von den durch ihn gefertigten Geräthschaften, Waffen und Kleidungsstücken (Eigenthum).

6) Roscher V. W. I. §. 41. §. 83; s. oben §. 19 Note 4.

IV. thumsbegriff als ein schon bestehender vorausgesetzt, nicht erst geschaffen. — Eine andere Art von staatlicher Einwirkung, namentlich bei rohen nomadischen Völkern, tritt so auf, daß das Product der Arbeit in die gemeinsame Kasse geliefert wird, und also eine Gütergemeinschaft entsteht [7]). Auch dies ist schon spätere Formation, die Privatarbeit ist aus ihrer ursprünglichen Tragweite herausgezogen und zur Grundlage des Gesammterwerbes gemacht [8]).

Bei weitem die meisten Völker und Stämme lassen aber überhaupt, auch wenn sie sich staatlich gliedern, den ursprünglichen Zustand der Privatarbeit als Grund des Privateigenthums fortbestehen, d. h. es wird der ursprünglich factische Zustand, durch sittliche Ueberzeugungen geheiligt, dann auch durch positive Rechtsregel anerkannt und unter die Garantie der Gesammtheit gestellt. Privatarbeit giebt dann auch Privateigenthumsrecht. Die außerordentlich mannigfachen Gestaltungen, zu denen dabei ein positives Recht gelangen kann, sind oben an der Hand des Römischen Rechtes vor Augen geführt worden. Auf die Gestaltung solchen positiven Rechtes muß nothwendig großen Einfluß äußern, welche Arbeitsarten in einem Volksstamm für die Summe der Einzelnen prävaliren, ja diese Arbeitsweise ist überhaupt ein wichtiges Moment für die Bildung des bestimmten Typus einer Nationalität. Man kann auf die

7) Nachweisung von Beispielen giebt Roscher a. a. O. §. 83 Note 1; z. B. über die Gütergemeinschaft der Karaiben, die ‚alle Arbeit gemeinsam verrichteten, öffentliche Vorrathshäuser und gemeinsame Mahlzeiten, wenigstens aller Männer, hatten'. — ‚Bei den Aleuten wird mindestens in nahrungsloser Zeit die Beute des Fischfangs unter alle nach Bedarf getheilt'.

8) Auch Roscher a. a. O. erkennt dies richtig an: ‚Ueberhaupt muß die Gütergemeinschaft, im Vergleich mit der ganz rohen Isolirung, schon als ein Fortschritt angesehen werden, und es ist falsch, sie für den allerursprünglichsten Zustand zu halten'.

Arbeit anwenden, was Humboldt von der Sprache sagt: „Eine Nation ist vielleicht am besten zu definiren als ein auf bestimmte Weise sprachbildender (arbeitbildender) Menschenhaufen, und der Bau der Sprache (die Arbeitsorganisation) im Menschengeschlechte andererseits ist darum und insofern verschieden, weil und als es die Geisteseigenthümlichkeit der Nationen selbst ist" (Haym S. 517). Es ist noch ein Ueberrest rein naturrechtlicher Anschauung, wenn man die Sachen, die in einem Volke der Einzelne hat, auf Nehmen und Theilen als den ersten Grund des Eigenthums zurückführt. Der Segen, der im Eigenthum steckt, liegt nicht im Haben und im einfachen Geschenktbekommenhaben von Gott[9]), er liegt in der Arbeit. Die Arbeit ist auch fortschreitend, wenn sie nicht mehr auf die Erringung körperlicher Sachen sich richtet, etwas das „mehr als sonst etwas im Menschen das ganze Geschlecht umschlingt, und wunderbar die nationelle wie individuelle Besonderheit mit dem allgemein Menschlichen zusammenknüpft" (Haym S. 552). Es ist aber festzuhalten, daß die Privatarbeit ihren Charakter als Einzelthat auch bei der fortschreitenden menschlichen Organisation behält und das Eigenthum die materielle ‚Befugung' des Wohlerworbenseins vom Individualstandpunkte aus stets in sich trägt. Die Privatarbeit ist wie die Sprache eine aus dem Individuum hervordringende „Energie"; der Mensch ist zum Arbeiten geboren und ohne Arbeit gar nicht denkbar, und das, was er sich nach diesem Schaffenstriebe in den Kreis seiner subjectivirten Welt gezogen hat, kann nun gar nicht mehr, als das von der Natur Gegebene, von der Arbeit gelöst und ihr gegenübergesetzt werden. IV.

Wir dürfen uns in Betreff des Zusammenhangs zwischen Arbeit und Eigenthum nicht dadurch täuschen, daß jetzt in un-

---

9) Stahl R. Ph. II. S. 375.

IV. seren unendlich complicirten höheren Schichten der Arbeitsauseinandertheilung außerordentlich Vieles Arbeit geworden ist, was über das ursprüngliche Resultat der menschlichen Arbeit, nämlich Schaffung von Eigenthum an körperlichen Dingen, ganz hinausgeht. Dabei bleibt doch, was anfangs die naturalis ratio war, aus der sich der Eigenthumsbegriff gestaltet hat, immer auch der Kern, aus dem das Ganze allein seine Erklärung finden kann; und inmitten der lebendigen Fülle von körperlicher und geistiger Arbeit, die jetzt den Menschen nährt ohne daß das Resultat der Arbeit unmittelbar Eigenthum an körperlichen Sachen ist, haben wir doch noch auf den naturalen Anfangszustand zurückzugehen, wo die erste den Menschen nährende Arbeit lediglich auf körperliche Sachen gerichtet war und in der Erringung eben dieser Sachen bestand. „Wenn man die gesammte innere und äußere Thätigkeit des Menschen bis zu ihren einfachsten Endpunkten verfolgt, so findet man diese in der Art, wie er die Wirklichkeit als Object, das er aufnimmt, oder als Materie, die er gestaltet, mit sich verknüpft. — — Wie tief und auf welche Weise der Mensch in die Wirklichkeit Wurzel schlägt, ist das ursprünglich charakteristische Merkmal seiner Individualität“ (Kawi p. CCXXIII).

V. V. Wir dürfen hiernach sagen: Privateigenthum ist das Product der Individualarbeit, und in gleichartiger Weise nebeneinander arbeitende und Eigenthum habende Menschen haben wir uns bereits zu denken, ohne daß sie erst von einer sittlichen Anschauung der Gesammtheit den Begriff des Privat-Eigenthums empfingen, und lange ehe gewohnheitsrechtliche oder gesetzliche Rechtssatzung sich in irgend einer Weise auf das Eigenthum bezogen haben kann. — Darin liegt nun nothwendig Folgendes:

a) Die Organisation des Eigenthums geht Schritt mit der Organisation der Arbeit. Eigenthum, als Product der

Arbeit, ist an sich kein sittlicher und kein Rechtsbegriff, sondern zunächst ein rein factischer naturaler Begriff. Die Entstehung des Eigenthums ist auf eine ganz andere Grundquelle zurückzuführen, als auf die sittliche Gesammtanschauung oder auf die menschliche Rechtssatzung des einzelnen Volks[1]), die, was sie geschaffen, dann ebenso auch wieder wegdecretiren könnte.

b) Eigenthum ist ein Verhältniß des Menschen zur Sache, entstanden dadurch daß er mittelst seiner Arbeit sie materiell oder substantiell ganz an sich knüpft, und dies auch den Mitmenschen bethätigt. Von Seiten der Nebenmenschen findet auch Anerkennung statt; aber (wenn wir nicht Momente einmischen, die erst später auftreten, und deren Verwirrung mit dem ursprünglich nothwendig Gegebenen die Untersuchung nur verdunkeln würde) es ist darunter noch durchaus keine Rechtssatzung der Gesammtheit, sondern lediglich Anerkennung der Individuen als solcher zu verstehen; und auch wiederum nicht eine Zusicherung, eine Garantie, sondern ein Wissen daß der Andere durch Arbeit erworben, also gehandelt hat wie die anderen Arbeitenden auch handeln. Die Anerkennung hat gar nichts Bindendes, in besonderem Act Hervortretendes; nicht etwa gewinnt der Arbeitende für seine Sache durch sie etwas. Und doch ist solches factisches Nebeneinanderstehen der Individuen so wenig ohne Gewicht, wie das Nebeneinanderstehen mehrer Völker, die sich verschiedene Wohnsitze aneinandergränzend

1) Also wir können nicht sagen (Puchta Curs. d. Inst. I. §. 23 S. 55): ‚Das Recht vertheile die Güter unter die Einzelnen', ‚das Recht habe die Unterwerfung unter die Macht der Menschen zum Gegenstand'. — s. ebenso Stahl II. S. 288. — Es besteht nicht vor dem Rechte bloß der Zustand des Besitzes als lediglich äußerliche Herrschaft, so daß erst das positive Recht den Begriff des Eigenthums hinzufügte (Savigny Syst. I. S. 367. Puchta a. a. O. S. 56. 59. 80), sondern beides Besitz wie Eigenthum sind, abgesehen vom Rechte, durch das Individuum erzeugte Arten der Sachbeherrschung.

v. errungen haben. Es liegt die factische Bedeutung des Verstehens des Eigenthumsbegriffs darin. Es ist ja immer festzuhalten, daß die Arbeit nichts Willkürliches ist, sondern ein mit Naturnothwendigkeit unter den Zusammenlebenden sich Organisirendes. Sei es nun Räuberhandwerk oder Kriegshandwerk oder Jagd oder Fischerei u. s. w., dem sich die Einzelnen ergeben, mögen sie auch sogar untereinander ihr Raub- und Kriegshandwerk ausüben: jedenfalls liegt in der Organisirung einer bestimmten Arbeit als Lebensberuf der Einzelnen, daß Jeder den Zustand des durch solche Arbeit Errungenhabens von dem bloßen zufälligen äußeren Sachhaben als völlig verschiedene Herrschaftsarten trennt. Dies Wissen, was Errungenschaft durch Arbeit und was Sachhaben ohne Arbeit sei, also das Wissen des factischen Gegensatzes zwischen Eigenthum und Besitz, ist in der aggregirten Gesammtheit der Menschen vorhanden in Folge jener Anerkennung. Es ist von den Postulaten der Sittlichkeit, die sich in einem Menschenkreise als objective Regel festgestellt haben, und von der Bildung von Rechtssätzen über Eigenthum und Besitz innerlich verschieden. Hüten wir uns also, indem wir hier möglichst behutsam die verschiedenen factischen Momente mit der Sonde auseinanderlegen, in diesen Punkt des ‚Verstehens des Nebenmenschen' mehr hineinzulegen, als darin in der That Platz findet.

c) Das Eigenthumsverhältniß kann völlig geschieden werden von einem außer ihm liegenden sittlichen Schutz und Rechtsschutz, zu dessen Annahme immer schon die Existenz eines sichernden einheitlichen Bewußtseins der Volksgesammtheit hinzugezogen werden müßte. Und doch fehlt schon von Innen heraus nach seiner eigenen factischen Organisation dem Eigenthumsverhältniß der factische Schutz keineswegs. Das Erarbeiten ist eben der Begriff des substantiell die Sache mit dem Subject Verknüpfens, die Sache bleibt ‚seine Arbeit' auch wenn sie

ihm aus Händen gekommen. Und eben er selbst ist sein eigener Helfer, wenn er sie verloren. Die Periode des Selbstschutzes oder der Selbsthülfe ist die factische Vorperiode, aus der wir bei allen Völkern in oft sehr genau erkennbarer Weise die Periode des Rechtes sich heraus entwickeln sehen. Der Bestohlene sucht selbst seiner Sache nach[2]); wo er sie findet, sobald ihm allein die Kraft des Nehmens fehlt, da macht er ‚Geschrei und Lärm', daß ihm Andere helfen mögen[3]); und sicher wird ihm, wenn er sich als den Erarbeiter der Sache ausweist, dieser Schutz Anderer, ganz abgesehen von sittlichen Anschauungen, schon nach dem eigenen Interesse dieser Anderen in der Regel nicht fehlen. Sollte er aber auch fehlen, so findet der Eigenthümer in seinem Erarbeitethaben jedenfalls den Grund, um auf den Schutz der Götter zu hoffen, wenn er in offenem Kampf[4]) die Sache sich wieder zu erstreiten sucht.

Diese drei Punkte a — c enthalten die Gliederung eines Verhältnisses, welches, als auf der Stellung des Individuums (resp. Familie) zum Individuum beruhend, wir uns nothwendig schon vor dem Hervortreten des positiven Rechtssatzes als vorhanden denken müssen. Es ist das Eigenthumsverhältniß im Gegensatze des Rechtsverhältnisses des Eigenthums. Sein Bestand ist naturalis ratio, natürliche Entwicklung eines menschlichen socialen Organismus.

Wir haben hier eine Periode des factischen Gleichgewichts

---

2) Das Selbstaufsuchen ist, zur bestimmten Rechtsform erstarrt, noch im Römischen Recht erkennbar. Gai. III. 192. 193; im Deutschen Recht ist daraus die anevangs-Klage geworden.

3) Vgl. auch Phillips Engl. Reichs- und Rechtsgesch. II. S. 331.

4) Im Römischen Recht in der Vindication ebenfalls zur Rechtsform umgestaltet.

v. vor uns, die durchaus nicht eine Zeit der ‚Unbestimmtheit' ist, wohl aber eine unvollkommenere[5]), da die Sicherung durch die über den Individuen stehende höhere menschliche Autorität noch fehlt, welche sich in der Entwicklung eines Rechtswillens hinterdrein entfaltet. Ein unleidlicher Zustand ist es aber keineswegs, und noch viel weniger liegt darin jener vielberedete ‚Naturstand' der Naturrechtslehrer, d. h. ein Zustand, worin wegen Mangels an positiven Rechtssätzen das subjective rationalistische menschliche Nachsinnen jedes Beliebige anzunehmen die Macht hätte. Es ist vielmehr ein Zustand, wie wir ihn bei neu sich organisirenden Privat-Lebensverhältnissen, für die die eigentlich treffende Rechtsconstruction durch positives Recht noch nicht gefunden worden, sowie bei den internationalen Verhältnissen noch in der Gegenwart beobachten können. Sein factischer Organismus, seine Natur, liegt schon vor, und läßt sich mit sorgsamem physiologischen Studium genau ermitteln; wie dann aber seine Stellung unter Rechtssätze am besten einzurichten wäre, oder wie man sich einstweilen mit den gegebenen hilft, kann dabei sehr verschieden beantwortet werden müssen.

Wie lange in allem Anfang bei dem Eigenthum die Dauer dieser factischen Vorperiode gewesen, stellt sich für die verschiedenen Völker sehr verschieden. Bei den Deutschen reicht sie in erkennbarster Weise in ganz historische Zeiten hinein. Das Individuum hat in Selbstverdienst und Selbstschutz den Grund seiner Habe, nicht erst im Geben und der Garantie des Staats und im schützenden Richter.

vi. VI. Nachdem wir im Bisherigen das Eigenthum, als unmittelbar mit dem Bestehen des geistigen Individuums potentiell gegeben, als eine Wirkung ein Erzeugniß der Persön-

---

5) Siehe (aus einer Zeit, wo doch schon ein Staat vorhanden, aber in dieser Hinsicht unmächtig war) die Schilderung bei Droysen Preuß. Pol. II. 1 S. 4 ff.

lichkeit hingestellt haben, so wird es nöthig sein diesen Begriff der Persönlichkeit selbst noch etwas genauer in's Auge zu fassen.

Die Machtvollkommenheit des Ich, die aber im Du die Identität des genus anerkennt, die also auch nie läugnet, daß dieselbe factische Machtvollkommenheit im Du vorhanden ist (mag sie als rechtliche in der Sklaverei noch so sehr juristisch geläugnet werden), habe ich mir erlaubt die Privatsouverainetät zu nennen [1]). Dieser Begriff wird für physiologische Untersuchungen des Organismus des Privatlebens schwerlich entbehrt werden können. Kann man ihn doch auch beim Staat nicht entbehren, und ist er doch dort die factische Unterlage, die wir zuerst voraussetzen müssen, ehe wir die juristische Gestaltung daran anknüpfen können. Ehe nicht ein Volk, eine Gesellschaft so sich zusammengefunden, daß sie mit gemeinsamem Willen thatsächlich agirt und also in irgend welchem geschichtlichen Handeln gleichsam als eine Person sich hingestellt hat, ehe also nicht eine factische Souverainetät vorhanden ist, wird sich nimmer ein Staat gestalten [2]). Und mit Recht wird ja auch der Begriff der Souverainetät aus der Natur der Persönlichkeit, die sich im öffentlichen Gemeinwesen in ideeller Weise repräsentirt, erklärt [3]).

Nun aber die Privatperson? Reicht es aus, ihr factisch Willenskraft Freiheit Selbstentscheidung zuzuschreiben? Es kommt uns nicht in den Sinn die Individualsouverainetät in öffentliche Verhältnisse hineintragen, und so (wie das im Grunde bei den Theorieen der ‚Volkssouverainetät' immer der Fall ist) die wirkliche Souverainetät des Gesammtorganismus unter die

---

1) Diese Studien Heft II. S. 3.

2) Frantz Vorschule zur Physiologie d. Staaten (1857) S. 46. 64. 124 ff.

3) Stahl R. Ph. III. S. 188 ff.

VI. Botmäßigkeit jener Individualsouverainetät bringen zu wollen. Wir reden hier lediglich von den Privatverhältnissen des Menschen, und es handelt sich um deren wissenschaftliche Erklärung bis hinab auf die letzterkennbaren Gründe. Man wird nun diese Privatverhältnisse nicht bis auf ihren letzten Grund richtig verstehen, wenn man nicht zunächst die Souverainetät der Persönlichkeit als das von vorn herein Gegebene anerkennt. Die Persönlichkeit des Menschen ist von vorn herein da, sie ist der Urquell, durch den sich dann gerade erst die Lebensverhältnisse organisiren. Die Persönlichkeit ist nichts, was dem Menschen erst durch menschliche Satzung d. h. durch positives Recht verliehen würde[4]). Freilich kann das Recht die rechtliche Persönlichkeit denegiren, aber es schafft nicht erst die Persönlichkeit, und es ist von Wichtigkeit zu erkennen, daß in Betreff der menschlichen Erdbeherrschung und des sich Zusammenordnens der Menschen in dieser Herrschaft die vorhandene souveraine Persönlichkeit der **Grund** wird, durch den sich überhaupt erst die Lebensverhältnisse zu einem Organismus gestalten können. Erst wenn das Lebensverhältniß (des Eigenthums) gestaltet ist, knüpft sich dann in weiterem Schritte die Rechtssatzung daran an.

Puchta, wenn er sagt, daß das Recht erst die Person mache, gesteht doch zu, daß die Familienverbindungen natürliche schon abgesehen vom Rechte bestehende Verhältnisse seien. Er geht aber, um consequent zu sein, so weit (S. 59), daß er die Familienverhältnisse als **nicht** auf dem Willen beruhende hinstellt, da erst die Persönlichkeit die Möglichkeit des **rechtlichen** Willens als Eigenschaft eines Subjects gewähren soll (S. 78). — Das Wahre ist, daß die Person, ganz wie die Familie aber auch wie das Eigenthum, schon außerhalb des Rechts ein factisch

4) Puchta Inst. I. §. 28 S. 78. ‚Das Recht **macht** den Menschen zur Person'.

Gegebenes ist. Familie wie Eigenthum sind naturale Organismen wie die Sprache, die sich unter den Menschen als Individuen (mittelst Thätigkeit des Individuums dem Individuum gegenüber) feststellen. Aus der Einzelthat wird eine Vielheit der Einzelthaten in der Gesammtheit des Aggregates der Einzelnen, d. h. sie wird zu einem allgemeinen Lebensverhältniß, zu einer organisirten Einrichtung. So entwickelt sich Ehe und Eigenthum in Folge des „intellectuellen Instinctes" der Einzelnen, aber in einer Weise, daß darin auch zugleich die höchsten Rathschlüsse der Weltenleitung erkennbar werden. Ist die organisirte Einrichtung vorhanden, so kommt, abgesehen von dem sittlichen Gehalt mit dem sich die Einrichtung erfüllt, dann weiter die Rechtssatzung der einzelnen Völker hinzu, und unter diesem Rechtswillen ist nun freilich der Einzelne gebunden, aber nicht so, daß der Rechtswille überhaupt erst die Organisirung der Verhältnisse übernähme. Er findet diese Organisirung vielmehr schon vor, er würde sie ebensowenig schaffen können, wie man mit Gesetz eine Sprache zu machen im Stande ist. — Die Familienverhältnisse (die wir als natürlich-sittliche[5]) ohne den Willen der Individuen uns nicht denken können) dürfen wir hiernach außerhalb des Rechtes nicht mit Puchta (S. 59) ‚als bloße Verbindungen der Menschen nicht der Personen bezeichnen', und wir dürfen auch nicht glauben diese Ausdrucksweise durch engere Fassung des Personenbegriffs, wie das Jedem frei stehen müsse, rechtfertigen zu können. Die Familienverhältnisse sind Verbindungen der vollen und ganzen individuellen Person; sie, wie diese letztere selbst, sind kein Anfangendes im Recht, sondern ein Anfangendes in der Natur, naturalis ratio. Das Recht findet ja darin seine Erklärung, daß es ein höherer Wille, das Bewußtsein einer höheren das Individuum bindenden ideellen Persönlichkeit, ist; Wille Bewußtsein ist ja ohne

5) Savigny Syst. I. S. 370.

VI. zum Grunde gelegte Persönlichkeit nicht denkbar. Nimmt man aber nicht erst die natürliche Persönlichkeit als eine vollkommen gegebene an, so kommt man nimmermehr zur Rechtfertigung der ideellen abgeleiteten, wie sie im Volksbewußtsein und im Gesetzgeber liegt[6]). Aus Nichtpersönlichkeiten kann, und wenn man sie noch so hoch aufthürmt, nichts werden was auf einmal Persönlichkeit wäre. Puchta sagt: vor dem Rechte sind die Menschen nur Menschen aber keine Personen; ihre Familienverhältnisse beruhen nicht auf dem Willen. Die Persönlichkeit beginnt erst mit dem Rechtswillen, dieser bekleidet erst den Menschen mit seiner Individualpersönlichkeit, nun erst bekommt der Mensch (rechtlichen) Willen. Es ist aber umgekehrt: das souveraine Individuum, das nach dem Bilde Gottes geschaffene Ich, ist der außer dem Rechte liegende Punkt, das Nicht-Deducirbare, durch den selbst erst das Recht deducirbar wird[7]). Auch die Sprache geht, als von ihrem ersten Anknüpfungspunkte, von der Persönlichkeit aus. „Die ursprünglichen Wörter in jeder

6) Puchta nimmt gleichsam für einen nichtleuchtenden Körper (die abgeleitete Persönlichkeit) das Licht her von einem nicht leuchtenden Körper (dem Menschen), und mit diesem erborgten Licht soll nun der Körper, von dem man das Licht erborgt, erst leuchtend werden.

7) Auch Stahl faßt diesen Punkt nicht richtig. Er statuirt freilich von vorn herein die Persönlichkeit als Idee (II. 310. 311), als Princip; aber dies ist doch nur als philosophisches Princip gedacht, welches erst in der Gestaltung des positiven Rechts seine reelle Entfaltung findet, erst durch das Recht wird ihm die natürliche Existenz zur Existenz als Person. Die Worte S. 311 [‚die natürliche Befriedigung durch Sachen wird zum Stoffe für die freie Offenbarung der Persönlichkeit in Einrichtung ihrer Lebensweise, daraus das Eigenthum'] würden richtiger lauten: ‚die freie Offenbarung der Persönlichkeit in Einrichtung ihrer Lebensweise (das Eigenthums**verhältniß**) wird zum Stoffe für die Satzung der Gesammtheit (das Eigenthums**recht**)'. — Andererseits ist es nun aber auch nicht rathsam mit Böcking Pand. I. §. 30 zu sagen (wenngleich auch die Römer den Ausdruck gebrauchen): ‚*jure* naturali sind alle Menschen Personen'.

Sprache sind wohl die Personenwörter"; „das Erste ist natür- VI.
lich die Persönlichkeit des Sprechenden selbst, der in beständiger unmittelbarer Berührung mit der Natur steht".

VII. Es ist nicht ausgeblieben, daß Puchta bei der im VII.
vorigen §. angegebenen Ansicht sich in einen Widerspruch verwickelte. Er knüpft seine Deduction des Rechtes nicht an die Vernunft (er versteht diese in einem engeren Sinne, als das Wort meistens gebraucht wird), sondern an den Geist, das Vermögen der Freiheit (S. 4), indem durch die Vernunft nur gewisse äußere Schranken dem Rechte gesetzt seien. Die Freiheit, die Möglichkeit sich zu etwas zu bestimmen, nach Gottes Willen oder wider Gottes Willen, ist nach Puchta „das Fundament des Rechts" (S. 9). Also das Recht besteht vermöge der Freiheit, nicht die Freiheit [d. h. gerade die geistige souveraine Persönlichkeit] vermöge des Rechtes. Die Freiheit ist hier nun aber im Genaueren nicht in ihrer Richtung auf das Gute und Böse (die moralische Freiheit), sondern als Potenz, als Macht nach außen gemeint; es kommt beim Rechtsgebiet auf die äußerliche Machtentfaltung des Menschen an, und man kann diese Richtung seiner Freiheit als seine äußere Freiheit bezeichnen. Nicht aber ist es gut sie gleich mit Puchta (S. 10) „rechtliche Freiheit" zu nennen, da es erst die zum Recht hinführende Freiheit ist. Jedenfalls sagt nun Puchta: „in der Gründung des Rechts auf die Möglichkeit eines Willens ist auch das eigenste Princip des Rechts ausgesprochen, das der Gleichheit. Das Recht ist die Anerkennung der Freiheit, die den Menschen als Subjecten der Willensmacht gleichmäßig zukommt". Sehen wir hier ab davon, ob es richtig ist, alles oder „das" Recht so einfach und absolut als ein auf die Gleichheit gebautes hinzustellen und diese für ein „Rechtsprincip" zu erklären, so finden wir hier doch jedenfalls, daß Puchta die individuelle Freiheit und damit die Persönlichkeit für die noth-

VII. wendige Voraussetzung erklärt, ohne die wir zu einem Fundamente des Rechtes nicht gelangen können. Die individuelle Freiheit, die Person und ihr Wille, ist nothwendiger Weise früher zu denken, dann erst können wir uns überhaupt das Recht als eine höhere Potenz menschlicher Willenssatzung verständlich machen, durch welche nun jene Freiheit zur rechtlichen, jener Individualwille zum rechtlichen wird. (S. 12): „Das Recht ist sonach die Anerkennung der rechtlichen Freiheit, die sich in den Personen, ihrem Willen, ihrer Einwirkung auf die Gegenstände äußert. Es ist selbst ein Wille, zunächst Gottes (?), dann der Gesammtheit von Menschen die dadurch verbunden sind, ein Wille der auf Anerkennung der Person und ihres Willens gerichtet ist".

Ich übergehe hier die Hinweisung auf Gottes Willen; aber abgesehen davon erkennt es Puchta hier bestimmt an, daß die Willensfreiheit der Person das Vorausgehende, das Fundament des Rechtes ist, daß dann das Recht als der Gesammtwille nur die Anerkennung der rechtlichen Willensfreiheit und also der rechtlichen Persönlichkeit zur Folge hat. Das ist dann aber unser Satz, nur noch mit dem Unterschiede, daß die Aufstellung der Persönlichkeit als einer leeren „Möglichkeit des Willens" uns immerhin auf ein ganz unbestimmtes Etwas das Recht bauen ließe. So hat es sich aber in Wirklichkeit keineswegs gestaltet. Der Mensch ist nicht auf die Erde gesetzt, ohne daß ihm durch eingelegte Triebe „intellectuellen Instincts" die Wege gewiesen wären. Der Mensch muß (von besonderen Gegengründen abgesehen) sprechen heirathen arbeiten. Das Resultat ist ein aus allen Individuen von allen Seiten Hervordringendes, und so werden Sprache Ehe Eigenthum zu Organismen, zu Einrichtungen, die unter den Menschen bestehen, nicht weil sie der spontane Wille menschlicher Rechtssatzungen geschaffen hätte, auch nicht durch die Willkür der Individuen ge-

macht und ausgedacht, sondern weil sie ein Quellensystem zu ihrer Basis haben, das, aus der Summe der Individuen sich nährend, darin die Gewähr der Unversieglichkeit hat. VII.

VIII. Wir sind hiemit bereits wieder auf das Eigenthum zurückgeführt. Während Savigny und Puchta den Familienverhältnissen einen natürlich-sittlichen Bestand vor dem Rechte allerdings zugestehen [1]), Puchta aber schon der Persönlichkeit den Bestand außerhalb des Rechtes läugnet, so sprechen nun Beide den Vermögensverhältnissen, insbesondere dem Eigenthum, eine solche vom Rechte unabhängige Existenz auf das Bestimmteste ab. VIII.

Scheinbar räumt freilich Puchta (S. 84. 85) Einiges ein; nämlich die Natur und die Verschiedenheit der Gegenstände [der s. g. Thatbestand des Eigenthums] rufe eine Verschiedenheit der Rechte an ihnen hervor. Auch Savigny wird das natürlich nicht läugnen [2]), und dies enthält auch keine Abweichung, da doch die Verschiedenheit der Rechte als nur „in den Gesetzgebungen geschehend" (Puchta S. 85) dargestellt wird. Also nur das Recht, das Gewohnheitsrecht und die Gesetzgebung, ist der eigentliche Grund des Eigenthums [3]), aber das Recht nimmt, wie sich von selbst versteht, „in vernünftiger Weise" auf die natürlichen Verschiedenheiten der Sachen bei der Fassung der Rechtsvorschrift Rücksicht. So sagt denn auch Puchta mit absichtlicher Auslassung des Vermögens (S. 61): „Die Volksverbindung ist, wie die Familie, eine natürliche, und daher eine Verbindung der Menschen nicht der Personen, mit anderen Worten sie ist kein Rechtsverhältniß"; und er spricht es ausdrücklich S. 55 aus: „die Vertheilung der Güter unter die Einzelnen und die rechtliche Gestaltung der Verhältnisse,

1) Savigny Syst. I. S. 355. Puchta S. 59. 61.

2) So auch Stahl II. 2.

3) Stahl II. 198. 288.

VIII. in welche die Menschen in dieser Hinsicht zu einander treten, ist die erste Aufgabe des Rechts"; „das Recht hat ihre Unterwerfung unter die Macht des Menschen als einen Ausfluß der rechtlichen Freiheit zum Gegenstande". S. 56: „Spricht dagegen das Recht aus, daß mir die Sache gehöre, so giebt es mir eine rechtliche Gewalt über sie . . . diese rechtliche Macht ist das Eigenthum".

Ebenso auch Savigny S. 368. In Anknüpfung an den Satz daß die Familienverbindungen natürlich-sittliche Verhältnisse seien, fährt er fort (S. 370) daß die Vermögensverhältnisse keine „sittlichen" Verhältnisse seien. Es bleibt aber eben die Frage übrig, ob sie und insbesondere das Eigenthum nicht schon abgesehen vom Recht „natürliche" Verhältnisse seien. Jedenfalls muß Savigny dies ganz bestimmt abläugnen. Indem er nämlich vor dem Rechte nur den Besitz (das factische Haben) anerkennt[4]), spricht er den Vermögensverhältnissen den Charakter des *jus naturale* ganz ab (S. 370)[5]), so daß denn auch (nach Savigny) nach jener Zeit der „Unbestimmtheit" (von der schon oben die Rede war) erst mittelst der Gemeinschaft im Staate durch positives Recht die „Vertheilung der Güter unter die Einzelnen" ausgeführt wird, indem zunächst dem Staat [aus welchem Grunde?] die Gesammtherrschaft über die unfreie Natur innerhalb seiner Grenzen beizulegen sei. Diese Vertheilung nun an die Einzelnen könne eine „auf Privatgut und Privatgenuß" gerichtete sein, abhängig von „den im positiven Rechte anerkannten freien Handlungen oder Na-

---

4) So auch Stahl II. S. 203.

5) Es bedarf wohl kaum nach früheren Ausführungen noch der Bemerkung daß ich dem Eigenthum vor der positiven Rechtssatzung ebenfalls kein *jus* naturale sondern nur eine naturalis ratio vindicire, nach der man aber, wenn positives Recht sie adoptirt, dies letztere dann jus naturale nennen darf.

turereignissen", wie sie das positive Recht als Entstehungsgründe des Eigenthums (Occupation, Usucapion, Specification, Tradition 2c.) schafft[6]). —

Unser Satz nun demgegenüber lautet: Das Privat-Eigenthum ist ein ganz naturales Verhältniß, vor dem Rechte bestehend, von der Summe der Individuen ausgehend, durch die Einzelthaten zum Stück des menschlichen Verkehrsorganismus gemacht. Wir haben jetzt, um den naturalen Gehalt dieses Verhältnisses vollständig zusammenzufassen, zu den oben hervorgehobenen drei Punkten a — c (s. §. v) hier nur noch zwei Punkte, die sich einfach an jene anschließen, hinzuzufügen.

d) Eigenthum als subjectivirtes, objectivirtes und selbstgeschütztes Gut setzt zu seinem Fortbestande keineswegs den un-

6) Die Zurückführung des Grundes des Eigenthums auf die Vertheilung der Güter an die Einzelnen ist früher noch verschieden gefaßt worden nach den drei Nüancen: Vertheilung durch pactum der Einzelnen [so insbesondere Hugo Grotius s. d. vierte Beilage], durch die Staatsgewalt [Hobbes Leviathan 24: „civitatis nutritio a copia et distributione rerum ad vitam necessariarum dependet — —; bonorum autem distributio est Mei, Tui, Sui constitutio, vocaturque proprietas — —; habebuntque portiones suas — ut videbitur summam habenti potestatem — —; in distributione terrarum partem sibi quam velit reservare potest et colere qui summe imperat" —. Hobbes identificirt dann freilich wieder die Staatsregierung mit der Gesetzgebung], und endlich durch das Gesetz; so schon Montesquieu Esp. des l. XXVI. 15. Gegen diese letztere Ansicht bemerkt Roscher V. W. I. §. 77 Note 2: „Dies Princip könnte freilich bei der großen Wandelbarkeit aller Staatsgesetze die äußerste Unsicherheit zur Folge haben, ein stetes Schwanken von einer Utopie, einer Revolution zur anderen: wenn Jedermann seinen Erwerb nicht darum besäße, weil er ihn erarbeitet und erspart hat, sondern weil ihn das jeweilig bestehende Gesetz gewährleistet." — Damit ist nun freilich die Zurückführung von Eigenthum auf Rechtssatz und Gesetz noch nicht widerlegt; es kann etwas seine Richtigkeit haben, und dabei doch immerhin Inconvenienzen in sich tragen.

VIII. unterbrochenen Fortbestand des factischen Besitzes voraus. Es ist von vorn herein ein factisch vom Besitz geschiedenes Verhältniß. Die Natur des Eigenthumsverhältnisses, nicht erst der Rechtssatz, scheidet es vom Besitz. Besitz ist auch ein abgesehen vom positiven Recht rein factisches Verhältniß, sei er mit dem Willen der Unabhängigkeit verknüpft, oder werde er als bloße Detention im Namen eines Anderen ausgeübt. Es liegt schon in den factischen Voraussetzungen des Besitzes, daß wenn wir den animus der Unabhängigkeit wegnehmen, dann eben kein selbständiger Besitz mehr denkbar, und daß, wenn das corpus aufhört, überhaupt kein Besitz mehr denkbar ist. Aber es liegt umgekehrt auch in den factischen Voraussetzungen des Eigenthums, nicht erst in der eine Besonderheit anordnenden Rechtssatzung, daß wir das Eigenthumsverhältniß nur in anderer Weise auflösen können. Setzen wir voraus, daß nicht schon ein Rechtssatz störend und in besonderer Weise eigenthumaufhebend dazwischen tritt, setzen wir voraus daß nicht factischer Wegfall des Subjects oder Objects eine Tilgung herbeiführt, so liegt in der Natur des Erarbeiteten, des Eigen, sein definitiver Bestand. Das Subject hat das Object den übrigen Subjecten gegenüber mit sich identificirt, es hat die Substanz „sein" gemacht; das einmal factisch, auch in Anderen verständlicher Weise, begründete Verhältniß bleibt daher bestehen: α) auch wenn das Subject den animus fassen sollte, es gehöre ihm die Sache nicht mehr; es muß vielmehr erst eine That (corpus) hinzukommen, wodurch die Sache objectiv den Mitindividuen gegenüber entsubjectivirt wird[7]); β) umgekehrt wenn dem Eigenthümer das corpus der Sache wegkommt, so hört das

7) fr. 17 §. 1 de acq. poss. 41. 2: Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Dieser Ausspruch des Juristen enthält reine naturalis ratio.

Eigenthum nicht auf, sondern es hat die Folge, daß jetzt die Selbsthülfe sich organisirt; das ist noch kein Zustand des Rechts, ein Zustand aber, an den wir später die ersten Keime des Rechtes sich werden ansetzen sehen.

e) Eigenthum ist zunächst reine Individualmacht. Der Eigenthümer stützt sein Verhältniß zur Sache rein auf sich selbst, sein Erarbeitethaben. Dies Verhältniß löst sich nicht durch Wegkommen der Sache, wohl aber durch den objectiv verkörperten Willen des Eigenthümers [8]). Was freie Individualmacht ist, kann auch vom Individuum auf ein anderes Individuum übertragen werden. Aber auch hier bedarf es der objectiven Verkörperung; die Individualmacht geht nur über, wenn wirklich die Sache übertragen ist (traditio) [9]). So kann sich also eine Kette der Subjecte bilden, die, indem sie sich in der substantiellen Macht über die Sache aneinander anschließen, immer Dritten gegenüber den Grund, daß die Sache eine erarbeitete ist, forttragen.

---

8) fr. 10 §. 2 de cond. furt. 13. 1: donec *domini facto* dominium eius rei ab eo recedat. Der Besitz seinem factischen Gehalt nach ist, als das reelle Herrschen, nichts unmittelbar Uebertragbares, sondern der bisherige Besitzer gilt als aufhörend, der jetzige Besitzer als selbstanfangend. Das Eigenthum dagegen ist seiner Natur, seinem factischen Gehalte nach, von vorn herein materiell oder substantiell übertragbar, nicht weil es, wie man jetzt gewöhnlich sagt, ein Recht ist (es giebt auch unübertragbare Rechte und es ist nicht erst ein willkürlicher Rechtssatz, der das Eigenthum für übertragbar erklärt hat), sondern weil das Erarbeitethaben eine innerliche Beziehung des Subjects zur Sache enthält, die unter der freien Dispositionsmacht des Subjects steht, in die aber ein zweites Subject nicht durch bloße Sachergreifung, sondern nur durch willensactliche Herüberleitung vom Eigenthümer her eintreten kann.

9) Die bloße auch mit dem Successor geeinigte voluntas würde gerade so stehen wie die Frage bei Note 7; sie ist noch keine in Betreff des Objects verkörperte „realisirte" voluntas.

VIII. Stirbt aber das Subject, so würde an sich das Verhältniß zur Sache als gelöst erscheinen. Doch auch hier stellt sich die Sache anders. Das Gut des Sterbenden nimmt die Familie, als die factisch nächststehende, in Beschlag. Auch hier ist, ehe sich Rechtssätze der einen oder der anderen Art durch Gewohnheitsrecht gebildet haben können, ein gewisses factisches Fortgetragenwerden der Güter in bestimmter gleichartiger Gestaltung die nothwendiger Weise vorauszustellende Vorstufe. Für das Eigenthum an sich hat die Weiterführung dieser Frage keine Wichtigkeit. Es steht jedenfalls fest, daß das Eigenthum ein schon factisch auch durch die Generationen fortgetragenes Verhältniß des Subjects zur Sache ist, gegründet auf die Erarbeitung der Sache, übertragbar durch realisirten Willensact vom einen Individuum auf das andere.

Zweite Beilage.

Juristische Gestaltung des Eigenthums.

Beil. 2.

I. Die erste Beilage habe ich der physiologischen Unter- 1.
suchung der Eigenthumsgrundlagen gewidmet. Ich habe darin die factisch treibenden Gründe zusammengestellt, aus denen es sich erklärt, daß das Privat-Eigenthum bei den verschiedensten Völkern mit innerlich gleichartigem Begriffe, wenn auch juristisch ganz verschieden behandelt auftritt. Ich habe den factischen Gehalt dessen dargelegt, was das Eigenthum, als eine sociale Organisation, als Product der sich entwickelnden Arbeit, zunächst schon als naturale Bestandtheile in sich trägt.

An diese Abhandlung schließt sich in nahe liegender Weise eine andere. Wie, fragen wir, knüpft sich an die factische Unterlage des Eigenthumsverhältnisses die Gestaltung des Eigenthumsrechtes an? Wir wollen der Prüfung dieser Frage den Raum dieser zweiten Beilage gönnen.

Möge es uns erlaubt sein, auch hier noch einmal einen kurzen Blick nach der Sprache hinüberzuwerfen. Von dem in Folge einer Naturnothwendigkeit sich bildenden Sprachorganismus im Allgemeinen ist zu scheiden die Entfaltung der einzelnen Sprache im einzelnen Volk. Der Geist dieses Volks findet

1. in der Sprache ein bedeutendes Mittel, seine Eigenthümlichkeit darin auszuprägen. Die Art, wie die Sprache im Munde des Volks auf dem zunächst vorhandenen Organismus sich weiterbildet, zu höherer Feinheit sich auseinanderlegt, und so zum Ausdruck der sich allmälig bereichernden Gedankenwelt des Volkes wird, enthält die nothwendig mit der Entwicklung des Volksgeistes gleichen Schritt gehende Entfaltung eines bestimmten Charakters der Sprache. Das volle Gepräge dieses Charakters erhält die Sprache durch einzelne vorangehende und gleichsam äußere Satzungen gebende Theile des Volkes (z. B. die Hauptstadt), sowie durch die sprachlich am höchsten stehenden geistigen Individualitäten, die Dichter, Schriftsteller, Sprachforscher, Grammatiker, in deren Literatur dem Volke eine Art Gesetz gegeben wird [1]). Während man jenes die Organisirung, so kann man dieses die Fixirung der Sprache nennen. Jene ist nach Humboldt (Haym S. 549—551) eine *naturhistorische*, diese eine *intellectuell-teleologische* Erscheinung. Diese letztere gestaltet sich zu einer wesentlich historischen Wissenschaft, wonach es verfolgt werden muß, in welcher Weise die Idee der Sprachvollendung auf Grundlage des gegebenen Organismus sich realisirt hat, oder vor dem Ziele stehen geblieben, oder über das Ziel hinaus ermattet und versunken ist. Nur darf man diese beiden Gesichtspunkte nie äußerlich trennen wollen, „auch im Zustande der Cultur hören die Sprachen nicht auf, naturhistorische Erscheinungen zu sein, und schon von Hause aus ist ihre Verschiedenheit zugleich eine intellectuell-teleologische". „Die physiologische muß mit der historischen Betrachtung Hand in Hand gehen".

Gleichartig ist es nun aber auch im Recht, und speciell im Eigenthumsrecht; hier nur noch viel schärfer ausgeprägt, denn

1) Vgl. auch diese Studien Heft I. S. 64.

hier tritt ein Moment hinzu, das in der Sprache doch nur in unvollkommener Weise sich geltend macht, das der äußeren Fixirung des Organismus des Lebensverhältnisses durch den Gesammtwillen. Es tritt in jedem Volke das Moment hinzu, daß die Gesammtheit, als einen Willen habende Einheit, in Betreff des Eigenthumsverhältnisses äußerlich bindende Satzungen aufstellt, und es fragt sich, wie wir uns im Genaueren das Ansetzen der Rechtssatzung an die schon vorhandenen factischen Voraussetzungen, die wir im Bisherigen haben kennen lernen, zu denken haben. Man stellt sich nun heutzutage diese Bildung des Eigenthums vielfach in einer Weise vor, die ich nur als eine doctrinäre bezeichnen kann. So wie das Eigenthumsrecht als ein gewordenes vor uns liegt, als ein Institut, über welches der Rechtssatz genau festgestellt hat, wie es erworben werden, wie es nach allen Seiten richterlich geschützt sein soll, — so denkt man sich durch juristische Ueberlegung das Institut in Gemäßheit seines Begriffs als wenigstens den Grundzügen nach gleich eingeführt, und damit als logisches Ganzes zugleich innerlich schon vollständig gegeben. Wenn man auch zugeben muß, daß das Eigenthumsrecht zunächst auf Gewohnheitsrecht ruht, so denkt man sich doch den Autor des Rechtes, das Volksbewußtsein, in der Weise eines Gesetzgebers vorschreitend. Es findet eine erste Vertheilung der Güter als erste Grundlage Statt, der Rechtssatz sucht sich bestimmte äußere thatsächliche Momente aus, z. B. die factische Sachergreifung (die von dem Begriff der Erarbeitung völlig verschieden ist), bei deren Vorliegen das Eigenthumsrecht fortan als dem Einzelnen verliehen gelten soll, und der Rechtssatz hat auch gleich genauer festgestellt, wie nun dieses so construirte Eigenthumsrecht durch Klagen u. s. w. unter dem Schutze der Gesammtheit und des Richters stehen soll.

Sehen wir aber genauer zu, so verhält sich die Sache we-

i. sentlich anders. Die Entwicklung des Eigenthumsrechts hat sehr verschiedene Stufen und bei verschiedenen Völkern sehr von einander abweichende Gestaltungen durchzumachen gehabt. Es ist auch namentlich (nach einer neuerdings mehr hervortretenden Anschauung) keineswegs dem Eigenthumsrechte als einem nothwendigen Theile des „Privatrechtssystems" oder des „dinglichen Rechts-Princips"[2]) ein bestimmter juristischer Charakter, der sich aus dem obersten „Rechts-Begriff" einfach deduciren ließe, von vorn herein mitgegeben, es ist keineswegs ein

2) Gerber D. Pr. R. §. 72. Girtanner in Gerber u. Iherings Jahrb. III. S. 59: „Es darf hier als unbestritten (?) vorausgesetzt werden, daß die wissenschaftliche Richtung allein auf der Seite zu suchen ist, wo der erstere Standpunkt festgehalten, wo das Recht erklärt wird aus den ihm innewohnenden selbständigen Principien". S. 64: „Zu jeder Macht, zu jedem Machtverhältniß gehören zwei Factoren, ein Subject und ein Object". „Jener Hauptbegriff: Recht ist eine Macht, eine Herrschaft des Willens einer Person, woher ist er genommen, worauf beruht seine Stellung als oberster Rechtsbegriff, worauf anders als auf der Beziehung des Subjects zur Außenwelt, zum Vermögen, auf dem Zwecke, den man der Rechtsordnung für das Leben unterlegt"? S. 86: „Eigenthum ist das Recht an der Bestimmung der Sache, wodurch diese ihre besondere Richtung auf eine bestimmte Person erhält". „Der Sache wird durch das Eigenthum ihr bestimmter Platz in der Rechtswelt, unter dem Kreise der Rechtsobjecte angewiesen, ihre bestimmte Angehörigkeit festgestellt, und so liegt in jenen Ausdrücken mea aliena eine Eigenschaft der Sache selbst angedeutet". — Dieser Versuch, das Eigenthum rein sächlich (nur mit Voraussetzung des abstracten menschlichen Willens und ganz abgelöst von der begründenden menschlichen Thätigkeit) zu einer Sacheigenschaft zu machen, ist zum Theil veranlaßt durch einen Ausdruck von Böcking (s. oben §. 11). Wie soll denn aber aus dem Satze, daß es Sachbestimmung ist unter menschlicher Herrschaft zu stehen, sich gerade lediglich diese Eine Art der menschlichen Herrschaft [also nicht das Besitzrecht, z. B. Zutheilung auf acht oder zehn Jahre, sondern das Eigenthum; — und nicht die Gütergemeinschaft, sondern das Privateigenthum] erklären? vgl. oben §. 12 Text vor Note 3 und die erste Beil. §. iv bei Note 2.

bestimmter Klagenschutz als von vorn herein sich von selbst verstehender „Ausfluß" des Rechtsbegriffs[3]) schon im Principe des Eigenthums*rechtes* enthalten. I.

Versuchen wir in einigen Hauptzügen es hier vor Augen zu führen, wie, angelehnt an die zunächst vorhandenen naturalen Grundlagen, die Fixirung des Eigenthumsrechtes in den verschiedenen Völkern in Wirklichkeit zu denken ist. Wir wollen dabei die beiden Hauptfragen der Feststellung von Rechtssätzen über den Eigenthumserwerb und über den Eigenthumsschutz trennen.

II. Die Völker, auf die wir auch in den ältesten Quellen II.
zurückgewiesen werden, sind doch ganz überwiegend schon Völker, die bereits eine Wanderung gemacht, und aus dieser Wanderung und durch Erkämpfung neuer Ansiedlung im neuen Lande besondere Gestaltungen theils ihrer staatlichen Gliederung theils ihrer Stellung zu Grund und Boden empfangen haben. Namentlich erklärt sich hieraus eine Art der Bewirthschaftung des Grund und Boden, die gar nicht bloß eine sachenrechtlich-wirthschaftliche sondern ebenso sehr auch eine politische Seite hat, und bei sehr vielen Völkern vorkommt. Die Ansiedlung ist durch Kampf und Arbeit des Volkes als Ganzen geschehen, und so betrachtet dies Volk den Grund und Boden als zunächst der Gesammtheit erworben, von der dann nur die einzelnen Grund-

3) Gerber in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XI. S. 40: „die *natürliche* Auffassung der Verhältnisse.... Denn *offenbar* ist es doch das *Natürliche*, das Klagerecht als den Ausfluß als die Wirkung des Rechts an der Sache, ja als dieses Recht selbst in seiner Anwendung seiner Geltendmachung zu betrachten, und die Befugniß ihrer Klaganstellung sowie ihre Gränzen *durch den inneren materiellen Grund* der Herrschaft über die Sache bestimmt zu sehen". Nach dieser Abhandlung soll die Gewere eine unverständliche Bezeichnung sein, die „nicht nach einem bewußten auf der *Idee der Nothwendigkeit* ruhenden Princip, sondern ganz willkürlich angewendet wurde".

II. stücke an die Einzelnen **auf Zeit** ausgetheilt werden[1]). Es ist dies also zugleich eine politische Organisation, durch die die Einzelnen fortwährend in Betreff des Grundbesitzes in der Hand der leitenden Obrigkeit bleiben. Der Begriff des Eigenthums fehlt nicht, aber er wird politisch verwendet, es fehlt das Privateigenthum wenigstens am Grund und Boden. Es ist dabei immer noch Raum, daß auf Privatarbeit beweglichen Sachen gegenüber auch Privateigenthum gestützt werden kann, es ist auch an sich der eigentliche Grund des Grundeigenthums nicht innerlich verändert, aber er ist in Betreff der Subjecte verschoben. Der eigentliche Grund, auf den das Volk sein Recht am Grund und Boden stützt, ist doch einfach die **Ansiedlung**, d. h. eine auf Arbeit und Kampf ruhende Thatsache. Mag nun im Einzelnen das Volk dies sich noch genauer nach verschiedenen Anschauungen färben (entweder als lex belli, also als Erwerb in Folge eigener Kraft, oder in theokratischem Lichte als Geschenk Gottes, der ihnen das erkämpfte Land zugewiesen habe), der wirkliche Grund, worauf sich die Volksanschauung stützt und worauf auch in Wahrheit ihr Verhältniß zum Grund und Boden im Gegensatz zu anderen Völkern ruht, ist der der Erarbeitung. Nur in Betreff der Subjecte hat sich dies so verschoben, daß nach der Rechts-Anschauung dieses Volkes die Gesammtheit als ideelles Subject den Eigenthumserwerb vorgenommen hat, und nun auch festhält, um den Gegenstand des Eigenthums zum Gegenstand politischer Administration zu machen.

Auf wesentlich verschiedener Stufe stehen diejenigen Völker, bei denen die Zutheilung des Grund und Boden (wenn auch vielleicht mit Zurückbehaltung eines gewissen „ager publi-

1) Nachweisungen über einzelne Völkerschaften geben Mommsen Röm. Gesch. II. 158. III. 117; Voigt jus naturale II. 1. S. 445 ff. Note 572. 573.

cus" oder „gemeiner Mark") an den Einzelnen zu definitivem, nicht bloß der Zeit nach limitirtem, Rechte erfolgt. Auch hier kommen noch wieder verschiedene Nuancen vor, entweder so daß das Zugetheilte von vorn herein als vollständig an die Privatperson abgegeben erscheint, also ihm volles Recht der Fortleitung an Andere, auch der Herüberleitung auf folgende Generationen, anerkannt wird; oder so, daß die Zutheilung zunächst nur an die Person erfolgt, der Uebergang an die folgende Generation nur ein factisch zugestandener ist, und dann erst allmälig durch Gewohnheitsrecht zu einem auch rechtlich festgestellten wird. Jedenfalls wird nun aber auch bei diesen Rechtsformationen die ganze Frage von der Eigenthumsentstehung durch die staatliche Zutheilung keineswegs absorbirt. Abgesehen davon daß es hiemit, als der allgemeinen Regel, noch immer vereinbar bleibt, daß auch in besonderer Beschränkung sogar die Privatansiedlung als Grund von Eigenthumsrecht am Grund und Boden anerkannt wird, so ist in Betreff der Erlangung der beweglichen Sachen, in Betreff der Jagd, Fischerei, der Selbstverfertigung von Sachen, des Tauschhandels mit Sachen u. s. w. noch immer für die Entfaltung der Privatarbeit freier offener Boden. Ja noch mehr. So gut es für den Privatmann geschäftliche Arbeit ist, wenn er sich gegen Hingabe seiner Sachen oder Arbeit Anderes eintauscht, so nahe liegt es auch, daß, wo durch die Einzelkraft der Männer der Staat Beute Gefangene Land erkämpft hat, was dann der Staat den Einzelnen zutheilt, dies doch wieder unter die Gesichtspunkte des Privaterwerbes gestellt wird. Der Staat hat das Eigenthum gleichsam als Privatperson erworben, er giebt es durch Verkauf wieder an die Einzelnen. Aber auch wo er einfach durch lex und einseitige Schenkung es dem Einzelnen zutheilt, materiell liegt doch auch schon die Arbeit der Einzelnen vor, um derentwillen das Gut denen, die es verdient haben, zugetheilt wird. Weit ent-

II. fernt also, daß das Eigenthum hier dem Gebiete des Privaterwerbes entrückt wäre, wird vielmehr umgekehrt der Erwerb durch den Staat und die Zutheilung vom Staate an den Einzelnen ganz oder wenigstens annähernd dem gewöhnlichen Privaterwerbe gleichartig gestellt.

Wenn wir im einzelnen Volk derartige Rechtsgestaltungen finden, wie wir sie hier eben kurz zusammengestellt haben, auf welcher dogmatischen Grundlage müssen wir dann ihr positives Eigenthumsrecht für auferbaut erklären?

Halten wir fest, der erste factische Keim des Eigenthumsbegriffs ist die aus den Individuen hervordringende Arbeitsthat, und der Umstand, daß durch solche Arbeitsthat Sachen in völlig neue Stellung gebracht werden. Wo keine weiteren Momente herzutreten, bleibt die errungene Sache im Kreise des erringenden Individuums, im Privatkreise. Es müssen erst von außen Impulse hinzukommen, die die Sache aus dem Privatkreise hinausheben; treten diese nicht ein, so kann das Resultat nur sein, daß Privatarbeit Privateigenthum erzeugt, d. h. eine den übrigen Individuen gegenüber manifestirte und mit Selbsthülfe aufrecht erhaltene Privatmacht. Denken wir uns nun unter einem Stamme eine gewisse Art der Arbeit d. h. der Sacherringung sich allmälig verbreitend, so wird sich leicht aus der Summe der Einzelarbeit in ihrer langhergebrachten Gestalt ein Gesammtbewußtsein entwickeln; es gestaltet sich aus dem factisch schon Vorhandenen und Geübten ein Gewohnheitsrecht, das äußerlich constatirte Volksbewußtsein erkennt an, daß wer in dieser Weise gearbeitet hat Eigenthümer sei, Privateigenthum ist zum Eigenthums**recht** geworden. Die Veränderung liegt hiebei vorzugsweise darin: Was zunächst bloß ein factisch organisirtes Lebens-Verhältniß war, lediglich ruhend auf der Thatkraft und dem Selbstschutz der Einzelnen gegen die Einzelnen, das hatte anfangs auch nur unter den

Einzelnen als solchen eine Anerkennung, wie ich sie oben mit II. dem Sprachverständniß zusammengestellt habe; eine Anerkennung, die noch durchaus keine Garantie, oder der Grund des Habens des Einzelnen ist. Sie ist nur das Wissen, wie der Einzelne, indem er sich eine Lebensthätigkeit einen Beruf eine Arbeitssphäre schafft, die Sache errungen hat, das Wissen, daß man selbst zu gleicher Thätigkeit getrieben wird. Aus solchem Wissen aber entwickelt sich sehr leicht im Laufe der Zeit ein Volksbewußtsein, wie wir es im Gewohnheitsrecht als Satzung der Gesammtheit erkennen. Hat sich aber dies gestaltet, so hat damit das concrete Arbeitsfactum, womit der Einzelne sich eine Sache erringt, innerlich eine andere Bedeutung bekommen. Stützte er bisher sich lediglich auf sich selbst um die Sache „sein" zu nennen, war also die materielle causa seines Habens eine lediglich factische, so stützt er sich, sobald in altem Herkommen der Rechtssatz sich äußerlich festgestellt hat, für sein Eigenthum freilich noch immer auf die eigene That (als factische causa), aber in dieser That stützt er sich jetzt zugleich auf den ihm Eigenthum zugestehenden Willen der Gesammtheit (als juristische causa seines Eigenthums). Der Grund des Eigenthums hat sich also verändert, er ist ein innerlich vollerer geworden. Das Eigenthum geht noch immer in der concreten Arbeitsthat vom Individuum aus, aber die Arbeitsthat, als dem constatirten Gesammtwillen entsprechend, ist nun gleichzeitig Ausfluß und Erscheinungsform des über dem Individuum stehenden Gesammtwillens. Bisher war Eigenthum lediglich naturali ratione erworben worden und war überhaupt nur ein factisches Verhältniß, jetzt ist die naturalis ratio zur ratio juris geworden und das Eigenthumsverhältniß hat sich zum Rechtsverhältniß fixirt.

Die Völker, bei denen sich dieser Gang findet, daß das nach seiner Physis private Eigenthumsverhältniß auch zum Privateigenthumsrechte wird, und daß die Privatarbeit die

II. principielle naturale Grundlage auch des juristischen Eigenthumserwerbs bleibt, — solche Völker geben damit ein bedeutungsvolles Zeugniß eines höherstehenden nationalen Geistes. Nichts spannt mehr die menschliche Kraft zur Arbeit an, als daß man der Frucht seiner Arbeit sicher ist, und bei dem Zusammenhange, den physische Arbeit mit der höchsten auch geistigen Entfaltung der Menschheit hat (s. die erste Beil. §. IV), ist der Impuls, den die freie Entfaltung der Privatarbeit als Eigenthumsgrund hat, ein für die ganze höhere Entwicklung und Erziehung eines Volks höchst bedeutsamer. Die Arbeit als Grundprincip des Privateigenthumsrechts ist zugleich Ausfluß und immer neu wirkendes Anreizungsmittel eines freiheitlichen thätigkeitsuchenden Volkssinnes. Es ist dabei möglich, daß in der juristischen Gestaltung dieses Arbeitsprincips in den einzelnen Völkern noch wieder die mannigfachste Verschiedenheit vorkommt; einen gewissen gemeinsamen Boden müssen die Rechte dieser Völker bei den objectiv gegebenen Formen, zu denen sich Privatarbeit nun einmal überhaupt in der Menschheit gestaltet und nur gestalten kann, doch immer behalten.

Zu den positiven Rechten der hier charakterisirten Art gehören sowohl das Deutsche wie das Römische Recht. Wie sich im Römischen Recht das Arbeitsprincip gestaltet hat, ist oben genauer untersucht worden. Im Deutschen Recht tritt das Arbeitsprincip sogar nach gewissen Richtungen hin noch voller hervor, ich muß aber, abgesehen von einigen gelegentlich vorgekommenen Hinweisungen auf das Deutsche Recht, einer germanistischen Untersuchung der Principien des Eigenthumserwerbes in der vorliegenden Schrift ausweichen. Vielleicht wird an anderem Orte sich Gelegenheit finden, den Gedanken, die ich nach dieser Richtung hin mitzutheilen wünsche, Ausdruck zu geben.

III. Wir gelangen auf die zweite am Ende des §. 1 her- III.
vorgehobene Frage: wie wir uns das Ansetzen eines Rechts-
schutzes an das Eigenthumsverhältniß zu denken haben. Blei-
ben wir hier gleich, was uns vorzugsweise interessirt, bei den
Völkern stehen, bei denen sich in der eben angegebenen Weise
Privateigenthumsrecht auf Grundlage des Arbeitsprincips ent-
wickelt hat. Es ist durchaus nicht zu glauben, daß mit der
Feststellung gewisser Eigenthumserwerbarten als Recht, na-
mentlich auch etwa mit der Zutheilung gewisser Güter an Ein-
zelne von Staatswegen, von vorn herein nach der „Idee der
Nothwendigkeit" oder als „Folge des dinglichen Rechtsprin-
cips" ein gewisser staatlicher oder Rechtsschutz als gegeben zu
betrachten wäre. Der Eigenthumserwerb hat hier, wie ich vor-
hin bemerkte, doch den Charakter des Hervorgehens aus
den Individuen behalten, auch wenn er nun andererseits zu
einem durch Herkommen geheiligten Rechtssatz geworden ist.
Mit dem Schutz des Eigenthums aber verhält es sich zunächst
ebenso. Er ist anfänglich ein aus den Individuen hervorgehen-
der, er ist Selbstschutz, noch gar kein Rechtsschutz. Seine Ge-
staltung aber zum Rechte geht wieder seine ganz eigenen Wege,
und es können lange schon in Betreff des Eigenthumserwerbes
gewisse Rechtssätze in einem Volke feststehen, während die Seite
des Schutzes noch ganz in der Hand der Individuen liegen
bleibt; ja es ist sogar möglich (und so ist es in der That im
Deutschen Recht), daß in einem Volke das Eigenthum in Be-
treff des Erwerbes durchaus sich zu Recht fixirt, und doch ein
selbständiger speciell für das Eigenthum und nur für dieses
aufgebauter Rechtsschutz mit bestimmten Eigenthumsklagen sich
nie gestaltet. Es wird freilich niemals bei dem Ausbau des
Rechtes in einem Volke an Einrichtungen fehlen, durch die dem
Individuum in genauer fixirter Weise staatlicher und richterlicher
Schutz im Fall der Rechtsverletzung gewährt wird. Aber die

III. Klagen können so eingerichtet sein, daß sie nicht individualisirt sind d. h. daß nicht eine einzelne Klage ein einzelnes Rechtsverhältniß ganz genau deckt. Es kann einen Klagenschutz geben, wobei eine Klage dem Eigenthum Schutz gewährt, aber daneben auch noch einem zweiten Verhältniß das nicht Eigenthum ist, und wobei diese Klage doch wieder nicht das ganze Eigenthum schützt, sondern nach einer anderen Seite hin eine zweite dritte Klage neben sich hat, die, auch freilich nicht lediglich für das Eigenthum aufgestellt, doch gewisse Seiten desselben schützt. Mit anderen Worten: das Rechtsverhältniß und der Klagenschutz brauchen sich gar nicht zu decken, es kann ein Rechtsverhältniß des Eigenthums existiren und es kann auch einen juristischen Klagenschutz, der das Eigenthum umfaßt, geben, und doch können Eigenthumsklagen im juristischen Sinn des Worts (d. h. nur für das Eigenthum aber auch für das ganze Eigenthum construirte Klagen) dem positiven Rechte eines Volkes völlig fehlen. —

Die Art nun, wie sich überhaupt in den einzelnen Völkern der Rechtsschutz an die ursprüngliche Grundlage des Selbstschutzes ansetzt, läßt, bei großer Mannigfaltigkeit je nach der nationalen Individualität der verschiedenen Völker, doch einen gewissen gemeinsamen Gang erkennen. Aus den Individuen heraus entwickeln sich zuerst gewisse Gestaltungen, die dann hinterdrein in Gewohnheitsrecht übergehen. Aber der Stoff der Gestaltungen, die hier aus den Individuen heraus sich erzeugen, ist von vorn herein ein ganz anderer, als den wir vorher in dem naturalen Organismus der Privatarbeit und dem sich daraus entwickelnden Rechte des naturalen Eigenthumserwerbes vor uns hatten. Die Arbeit organisirt sich in der Menschheit nicht aus spontanen Satzungen der Individuen heraus; es besteht, wie bei der Sprache, ein instinctuell Treibendes im Menschen, das die Arbeit naturali ratione aus

ihm hervorgehen läßt. Dagegen wenn der Mensch durch freien Act der Ueberlegung spontane Satzungen macht, so haben wir nicht einen naturalen, sondern rein voluntaren Stoff vor uns. Solche voluntare Satzungen aber sind es, die, durch die Individuen geschaffen, sich allmälig an die Selbsthülfe ansetzen, und in ihrem allmäligen Festerwerden zum Rechtsschutze herüberführen.

Die ursprüngliche Art des Selbstschutzes und der Selbsthülfe ist, im Falle des Streits über verletzte Befugnisse, unter den einzelnen Völkern wie den einzelnen Individuen der Kampf[1]); es pflegt deßhalb auch in einfachen Zeiten die Art, wie der Kampf in bestimmte Formen des Rechtsschutzes herübergeführt wird, in der internationalen Stellung der Völker und Stämme wie in der Stellung der Individuen gegeneinander, ganz gleichartige Wege zu gehen. Für diesen Kampf ist es für Völker wie Individuen das erste Bedürfniß gewisse Formen und Solennitäten aufzustellen, um Götter und Mitmenschen Zeugen sein zu lassen, daß man selbst in gerechter Sache den Kampf eingehe, und um Mitgefühl und Beihülfe dem Gegner möglichst

---

1) Also dasselbe, was den ursprünglichen Entstehungsgrund des Eigenthums ausmacht (s. oben §. 19. 20), bildet auch das ursprüngliche Mittel der Schützung des Eigenthums. — Vgl. auch über die nordamerikanischen Indianer: Franz Löher, Land und Leute in der alten und neuen Welt III. insbes. S. 188. 189 (1858): „Nach festem Recht und Gericht haben die Indianer kein Verlangen, sie bedürfen es nicht. Das Recht kann sich bei ihnen nicht entwickeln, weil Sondereigenthum an Grund und Boden dafür keinen Anhalt giebt. Am beweglichen Vermögen ist Eigenthum anerkannt, es wird außer durch Jagd und Krieg durch Handel Tausch und Familienerbschaft erworben. Sklaven kennen sie nicht, der Kriegsgefangene wird getödtet oder in den Stamm als ein Familienglied aufgenommen. Raub und Beleidigungen rächt jeder selbst, er ist eben sein eigener Richter so lange, bis er den Unwillen den Widerstand die Rache der übrigen hervorruft".

III. Klagen können so eingerichtet sein, daß sie nicht individualisirt sind d. h. daß nicht eine einzelne Klage ein einzelnes Rechtsverhältniß ganz genau deckt. Es kann einen Klagenschutz geben, wobei eine Klage dem Eigenthum Schutz gewährt, aber daneben auch noch einem zweiten Verhältniß das nicht Eigenthum ist, und wobei diese Klage doch wieder nicht das ganze Eigenthum schützt, sondern nach einer anderen Seite hin eine zweite dritte Klage neben sich hat, die, auch freilich nicht lediglich für das Eigenthum aufgestellt, doch gewisse Seiten desselben schützt. Mit anderen Worten: das Rechtsverhältniß und der Klagenschutz brauchen sich gar nicht zu decken, es kann ein Rechtsverhältniß des Eigenthums existiren und es kann auch einen juristischen Klagenschutz, der das Eigenthum umfaßt, geben, und doch können Eigenthumsklagen im juristischen Sinn des Worts (d. h. nur für das Eigenthum aber auch für das ganze Eigenthum construirte Klagen) dem positiven Rechte eines Volkes völlig fehlen. —

Die Art nun, wie sich überhaupt in den einzelnen Völkern der Rechtsschutz an die ursprüngliche Grundlage des Selbstschutzes ansetzt, läßt, bei großer Mannigfaltigkeit je nach der nationalen Individualität der verschiedenen Völker, doch einen gewissen gemeinsamen Gang erkennen. Aus den Individuen heraus entwickeln sich zuerst gewisse Gestaltungen, die dann hinterdrein in Gewohnheitsrecht übergehen. Aber der Stoff der Gestaltungen, die hier aus den Individuen heraus sich erzeugen, ist von vorn herein ein ganz anderer, als den wir vorher in dem naturalen Organismus der Privatarbeit und dem sich daraus entwickelnden Rechte des naturalen Eigenthumserwerbes vor uns hatten. Die Arbeit organisirt sich in der Menschheit nicht aus spontanen Satzungen der Individuen heraus; es besteht, wie bei der Sprache, ein instinctuell Treibendes im Menschen, das die Arbeit naturali ratione aus

ihm hervorgehen läßt. Dagegen wenn der Mensch durch freien Act der Ueberlegung spontane Satzungen macht, so haben wir nicht einen naturalen, sondern rein voluntaren Stoff vor uns. Solche voluntare Satzungen aber sind es, die, durch die Individuen geschaffen, sich allmälig an die Selbsthülfe ansetzen, und in ihrem allmäligen Festerwerden zum Rechtsschutze herüberführen.

Die ursprüngliche Art des Selbstschutzes und der Selbsthülfe ist, im Falle des Streits über verletzte Befugnisse, unter den einzelnen Völkern wie den einzelnen Individuen der Kampf[1]; es pflegt deßhalb auch in einfachen Zeiten die Art, wie der Kampf in bestimmte Formen des Rechtsschutzes herübergeführt wird, in der internationalen Stellung der Völker und Stämme wie in der Stellung der Individuen gegeneinander, ganz gleichartige Wege zu gehen. Für diesen Kampf ist es für Völker wie Individuen das erste Bedürfniß gewisse Formen und Solennitäten aufzustellen, um Götter und Mitmenschen Zeugen sein zu lassen, daß man selbst in gerechter Sache den Kampf eingehe, und um Mitgefühl und Beihülfe dem Gegner möglichst

1) Also dasselbe, was den ursprünglichen Entstehungsgrund des Eigenthums ausmacht (s. oben §. 19. 20), bildet auch das ursprüngliche Mittel der Schützung des Eigenthums. — Vgl. auch über die nordamerikanischen Indianer: Franz Löher, Land und Leute in der alten und neuen Welt III. insbes. S. 188. 189 (1858): „Nach festem Recht und Gericht haben die Indianer kein Verlangen, sie bedürfen es nicht. Das Recht kann sich bei ihnen nicht entwickeln, weil Sondereigenthum an Grund und Boden dafür keinen Anhalt giebt. Am beweglichen Vermögen ist Eigenthum anerkannt, es wird außer durch Jagd und Krieg durch Handel Tausch und Familienerbschaft erworben. Sklaven kennen sie nicht, der Kriegsgefangene wird getödtet oder in den Stamm als ein Familienglied aufgenommen. Raub und Beleidigungen rächt jeder selbst, er ist eben sein eigener Richter so lange, bis er den Unwillen den Widerstand die Rache der übrigen hervorruft".

zu entziehen. Indem beide Streitende dies Interesse treibt, gelangen sie zu einer Einigung über gewisse Formen, sie machen unter sich eine Sanction, deren Zweck ist den wirklichen Verletzer der Befugnisse des Anderen entweder herauszubringen, oder im Fall des Kampfes in schlechtere Lage zu stellen. Solch eine rein voluntare Satzung, öfter wiederholt und allmälig zur Sitte geworden, gewinnt dann leicht endlich die Stärke gewohnheitsrechtlicher Satzung, so daß der Streit in solcher Form eingegangen werden muß. Die aber, um derentwillen solche Solennitäten von den Streitenden eingerichtet worden waren, seien es die Götter, die Priester, die Versammlung der Mitbürger, der König u. s. w., sie gewinnen aus der Stellung von Zeugen leicht auch die von arbitri [2]), mögen sie von den Streitenden selbst als solche erwählt worden sein, oder mögen sie in Folge ihrer Stellung über den Individuen sich selbst gleich auf diesen Standpunkt gestellt haben. So setzt sich über den Kampf der Einzelnen ein unparteiischer Höherer, zunächst meistens nur zur gehörigen äußeren Leitung des Kampfes, dann allmälig auch als materieller Richter in der Streitsache. Das Alles wird dann mit der Zeit ein Complex althergebrachter ehrwürdiger Rechtssatzung, die nun ganz den Charakter der *civilis* ratio in sich trägt; aber ihr Ursprung aus der voluntaren Satzung der Individuen heraus ist dann oft nach langen Jahrhunderten, in denen sich die Rechtsformen vielleicht ihres alten materiellen Sinnes ganz entkleiden und nur als starre Solennität fortgetragen werden, doch immer noch erkennbar. —

Versuchen wir es, das was hier erst in allgemeinen Sätzen zusammengestellt wurde, in kurzen Zügen an den concreten Gestaltungen des Römischen Rechtes weiter zu verdeutlichen.

---

2) S. Danz der sacrale Schutz. S. 41. Liv. IX. 1. „diis arbitris“.

IV. Ein anschauliches Bild, wie in der Römischen Welt die Solennität des Eides für den Schutz in der Beherrschung und Rückerlangung der res propria zur Verwendung gekommen ist, hat in neuerer Zeit in vortrefflicher Abhandlung Danz geliefert [1]). Es möge hier dies Bild noch einmal vergegenwärtigt werden. — Die Gesammtheit der Individuen fühlt sich unter dem Schutze und andererseits dem Zorn der Götter stehend, und das Individuum hat daher in der Furcht vor den Göttern das Mittel, ohne Rücksicht auf einen Staatsschutz, einem anderen Individuum gegenüber eine Sanction für eine vorzunehmende Satzung zu gewinnen [2]). Weil Staatsschutz und Rechtsschutz hier an sich nicht in Betracht kommt, so ist diese Eidesform gleichmäßig anwendbar für die einzelnen Individuen, wie auch andererseits bei völkerrechtlichen Verhandlungen für den Verkehr der Staaten untereinander [3]). Nur das Vorhandensein der bestimmten schirmenden und rächenden Götter ist für die zusammentretenden Individuen oder Staaten das bindende höhere Moment. Das Mittel nun, wodurch man ein anderes Individuum dahin bringt, eine Satzung oder Zusage unter die Sanction der Götter und unter die Zwangskraft zu fürchtender göttlicher Schutzentziehung zu stellen, ist, daß man ihn veranlaßt durch den genau formulirten Eid (conceptis verbis) [4]) sich selbst auf den Fall des Eidbruchs für des Götterschutzes verlustig zu erklären. Der Schwörende ruft nach vorausgängigen Auspicien die Götter und zwar die geeigneten eigenen heimischen zu testes auf [5]); das was in dem Schwur festgesetzt worden, steht nun fortan unter dem Urtheil der damals

1) Danz der sacrale Schutz (1857).

2) Danz S. 39.

3) Danz S. 29. 179.

4) Danz S. 17.

5) Danz S. 33. 40. 69.

IV. zuschauenden Götter; sie erkennen den Verletzer der Satzung als injustus und impius, den treuen Bewahrer als justus und pius. Den Ersteren trifft der Zorn der Götter; aber nur soweit er damals unter dem Zuschauen der Götter auf sich selbst die Nachtheile herabgerufen hat (adversorum deprecatio), die ihn treffen sollen wenn er seine eigene Satzung verletzt (si fraudassit). „Nur so weit und nicht weiter, als sich der Schwörende ihr wörtlich unterwarf, reicht die vis nocendi des angerufenen Gottes" [6]. — Alles dies aber steht unter der Voraussetzung, daß der Eid einer bestimmten Person gegenüber geleistet worden ist, die exigit jus jurandum, die durch das „praeire verbis" sich zu dem Berechtigten macht, indem gerade ihr gegenüber die solenne Zusage und die adversorum deprecatio erfolgt. Diese den Eid abnehmende Person ist daher im Fall des Eidbruchs der Verletzte, welcher, indem dem Eidbrecher der Schutz der Götter in Folge seiner eigenen Deprecation jetzt fehlt, gegen den Verletzer als gegen einen einfachen hostis auf dem Wege der Selbsthülfe und des Kampfes vorschreitet [7].

---

6) Danz S. 21. 41. 53. 54. 58. Schwor man den ältesten und stärksten Eid per Jovem lapidem, so hielt der Schwörende einen Stein, und zählte die Güter auf, aus denen er herausfallen möge im Fall des Eidbruchs, wie der jetzt aus der Hand fallende Stein. Die Aufzählung der Güter lautet in den aufbewahrten Formularen verschieden, und kann auch im Lauf der Zeiten verschieden gewesen sein: Lapidem silicem tenebant juraturi per Jovem haec verba dicentes: Si sciens fallo tum me Dispiter salva urbe arceque bonis ejiciat uti ego hunc lapidem. Nach anderer Version: Si fidem servasso, tum me dii adjuvent; sin sciens fefellero, tum ego, salvis ceteris omnibus in suis patriis, suis legibus, suis penatibus, sacris, sepulcris, solus excidam, ut hic nunc lapis. His dictis lapidem manu ejicit. S. Danz S. 13. 14. 55.

7) S. Danz S. 24—31. 47—49. 56. 71. 72. Liv. V. 11: Minime convenire, quibus iratos quisque deos precatus sit, *in iis sua potestate quum liceat et oporteat non uti.* Nunquam deos ipsos admovere nocentibus manus; satis esse, *si occasione ulciscendi laesos arment.*

Und wie verwendet nun das einzelne Volk oder das einzelne Individuum diese Solennität des Eides, um, wenn ihm seine Sachen weggekommen sind, unter dem Schutze der Götter eine ihm günstige Sachverfolgung eintreten zu lassen (res repetere)? — Betrachten wir zuerst die internationale Sachverfolgung. IV.

Es kommt darauf an, zunächst in solenner Weise äußerlich seinen Anspruch und die Verletzung durch das gegnerische Volk festzustellen, und sodann die Götter zu Zeugen aufzurufen, daß sie die ungerecht aufgestellte Forderung strafen mögen, wogegen, wenn der Anspruch gerecht ist, sie dem Gegner ihren Schutz entziehen werden[8]). Stellt sich der Gegner gar nicht in bestimmt abgeordneten nuntii zur Feststellung des Streites, so geht der Römische Gesandte in's fremde Land, um hie und dort seine Formel auszusprechen. Das Aussprechen der Formel geschieht nicht in Folge eines höheren dies vorschreibenden Rechtssatzes, sondern es treibt den populus Romanus dazu das eigene Interesse, um schon vor sich selbst zu einem justum bellum zu gelangen. Nach der ersten Formel wartet dann der populus Romanus 33 Tage, ob das gegnerische Volk zur gutwilligen Beilegung sich herbeiläßt. Thut es dies Letztere in dieser Frist oder auch gleich bei jener ersten Eidesleistung, so wird das entweder in der Erfüllung des erhobenen Anspruchs [durch Rückgabe des Genommenen oder Auslieferung der Schädiger: homines resque reddit, sontes dedit[9])] oder, wenn das gegnerische Volk den Anspruch läugnet[10]), in der Anbietung eines Schiedsrichters bestehen, über den sich die Streitenden vielleicht einigen[11]). Findet aber eine friedliche Beilegung nicht statt, so

8) Liv. I. 32.

9) Danz S. 190. 206—208.

10) Liv. I. 22: „Romani res repetiverant priores et neganti Albano".

11) Liv. IX. 1. Der Samnite sagt: Quid ultra tibi, Romane, quid

IV. kommt es nun (mag das gegnerische Volk sich gar nicht haben vernehmen lassen, oder mag es unter Betheuerung seines Rechtes seinerseits den Römern gegenüber die Götter angerufen haben) zur feierlichen Erklärung den Göttern gegenüber, daß das gegnerische Volk den erhobenen Anspruch nicht erfüllt habe, und also zur Androhung des Kampfes, der Selbsthülfe [12]). Daheim wird dann der Krieg beschlossen [13]), der Fetial geht an die Gränze, und wirft eine blutige angekohlte Lanze hinüber verbunden mit formeller Kriegsansage [14]). Es kommt zum Kriege, ein menschlicher judex populus oder privatus (s. Note 11) hat hier freilich den Streit nicht entschieden, aber die conceptis verbis angerufenen Götter sind die Richter, sie entziehen dem unrecht Streitenden ihren Schutz und so wird

---

foederi, quid diis arbitris foederis debeo? quem tibi tuarum irarum quem *meorum suppliciorum judicem* feram, neminem neque *populum* neque *privatum* fugio.

12) Liv. I. 32. Der Fetial spricht: Audi Jupiter et tu Juno, Quirine diique omnes coelestes vosque terrestres vosque inferni audite: Ego vos testor, populum illum (quicunque est nominat) injustum esse, *neque jus persolvere.* Sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus, *quo pacto jus nostrum adipiscamur.*

13) Liv. l. c. Der König fragt: Quarum rerum litium causarum condixit pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato priscorum Latinorum hominibusque priscis Latinis, quas res dari fieri solvi oportuit, quas res nec dederunt nec fecerunt nec solverunt dic quid censes? Der für Krieg stimmende Senator antwortet: *puro pioque duello quaerendas* censeo; itaque consentio consciscoque.

14) Liv. l. c. Der Fetial spricht: quod populi priscorum Latinorum hominesque prisci Latini adversus populum Romanum Quiritium fecerunt deliquerunt, quod populus Romanus Quiritium bellum cum priscis Latinis jussit esse, senatusque populi Romani Quiritium censuit consensit conscivit, ut bellum cum priscis Latinis fieret; ob eam rem ego populusque Romanus populis priscorum Latinorum hominibusque priscis Latinis *bellum indico facioque.*

dieser im Kampf unterliegen. Der Erfolg des Krieges selbst enthält den Ausspruch der Götter, und so wird noch nach beendetem Kampf der Unterliegende, der nun den Willen der Götter erkannt hat, streben, jetzt gutwillig dem Beschädigten alles Gut herauszugeben, ihn zu entschädigen, um den Zorn der Götter zu besänftigen[15]). — IV.

So haben wir also ein ganzes Verfahren zur Einleitung der den Göttern wohlgefälligen Selbsthülfe. Das einzelne Volksindividuum hat sich dies Verfahren dem anderen Individuum gegenüber gestaltet, es wird zur oft wiederholten altgeheiligten Sitte, und so haben wir die Anfänge des Civilprocesses, für die sich dann unter den Völkern auch wirklich internationales Gewohnheitsrecht feststellen kann.

V. Vergleichen wir nun die ältesten Keime des Streites über Sachen, wie er sich für die einzelnen Privatpersonen gestaltet hat[1]). Der welchem seine Sache weggekommen ist und der sie bei einem Anderen findet (der Kläger), beginnt nach Darlegung seines Anspruchs auf die Sache[2]) sogleich mit äuße- V.

15) Liv. IX. 1. Der Samnite Pontius spricht: Ne nihil actum hac legatione censeatis, expiatum est quidquid ex foedere rupto *irarum in nos coelestium* fuit. Satis scio, quibuscunque diis cordi fuit, *subigi nos ad necessitatem dedendi res quae a nobis repetitae fuerant;* iis non fuisse cordi tam superbe a Romanis foederis expiationem spretam. Quid enim ultra fieri ad placandos deos mitigandosque homines potuit quam quod nos fecimus? Res hostium in praeda captas, quae belli jure nostrae videbantur, remisimus etc. Danz S. 205.

1) Ich gehe hier von derselben Voraussetzung aus, von der auch Danz ausgeht, daß nämlich die legis actio sacramenti aus dem Eide der Streitenden (quod jurisjurandi sacratione interposita geritur Danz S. 152) zu erklären ist.

2) Ich schließe hier die besonderen Momente, daß etwa der Diebstahl constatirbar ist, und die speciell daran sich anknüpfende Sachverfolgungsart von der Betrachtung aus. s. die erste Beilage §. v. Note 2.

v. rer Zurüstung der Selbsthülfe, er legt die Lanze an die Sache. Der Gegner (Contravindicant), der die Sache sich selbst zuschreibt, thut ein Gleiches, und so constatiren Beide gleich äußerlich, daß sie im Zustande des Streites über die Sache begriffen sind [3]). — Es tritt nun aber bei Individuen, die einen Streit vor sich sehen, ganz dasselbe ein, was wir eben bei streitenden Völkern beobachtet haben. Jeder wünscht den Schutz der Götter auf seiner Seite zu haben, und dazu bedarf es den Göttern gegenüber einer Sanction [4]). Es werden also Beide zur Vornahme eines Verfahrens getrieben, in dem sich ihre Stellung gegen einander scharf ausprägt, und wodurch der Schutz der Götter dem, der gerechte Sache hat, zu Theil werden, dem Schädiger dagegen der Götterschutz entzogen wird. Schon der in Note 3 mitgetheilte Act ist Theil dieses Verfahrens, er ist nicht so zu denken, als wenn er ursprünglich den wirklichen Beginn der Selbsthülfe enthalten hätte, den dann nur der Gegner zurückschlüge, worauf sich Beide auf eine weitere Erörterung eingelassen hätten. Er ist vielmehr von Anfang an erster nothwendiger Theil des solennen Verfahrens, das die Streitenden vornehmen um, anstatt der ganz auf eigenen menschlichen Füßen stehenden Selbsthülfe, zu einer unter göttlichem Schutze stehenden Selbsthülfe zu gelangen. Er ist das Symbol derjenigen Selbsthülfe, zu der es hinterdrein unter göttlichem Schutze kommen wird.

An diesen ersten Act der äußerlichen Streitconstatirung

---

3) Gai. IV. 16: qui vindicabat, festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat velut hominem et ita dicebat: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*, et simul homini festucam inponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.

4) Ueber die Bedeutung der Sanction s. Danz S. 139 Note 15. S. 141. 210. 214. 224.

knüpfen dann die Streitenden die Feststellung über den inneren Grund, auf welchem sie zu der Sache stehen, oder mit anderen Worten: (den Grund bereits als einen rechtlich fixirten vorausgesetzt) über das Recht der Streitenden an der Sache. Kläger fragt den Gegner, aus welchem Grunde er vindicirt habe, und dieser beruft sich darauf, daß er es mit Recht gethan habe[5]).

Nachdem so die factische Seite des Streites und die rechtliche von den Parteien genau articulirt ist, rufen sie sich nun schließlich durch Eidschwur dazu auf, die Sache unter die Zeugenschaft der Götter zu stellen[6]). Beide beschwören die Gerechtigkeit ihrer Sache, und da also Einer falsch schwören muß, so werden die Götter diesem ihren Schutz entziehen, und der Gegner wird, wenn er nun die Selbsthülfe ausübt, ihn im Kampfe besiegen. —

Wenn man sich die Frage vorlegt, wie entstehen solche Formen, in denen die verschiedenen auszudrückenden Gedanken genau gegliedert in verschiedene Acte auseinander treten, so wird man der Wahrheit völlig fern bleiben, wenn man sie aus der V o r s c h r i f t irgend einer Autorität, die den Streitenden die Beobachtung dieser Formen aufgelegt habe, erklären zu können meint. Das erste Emporarbeiten eines formulirten Weges der Rechtsverfolgung macht sich nicht in der Weise unserer heu-

5) Gai. l. c.: qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris;* ille respondebat: *ius peregi sicut vindictam inposui.*

6) Gai. l. c.: deinde qui prior vindicaverat dicebat: *quando tu iniuria vindicavisti* [D. aeris] *sacramento te provoco;* adversarius quoque dicebat: *similiter ego te.* Auf die Frage, wie das sacramentum die Bedeutung eines bestimmten Schwurgeldes bekommen als verfallendes piamentum für nicht dolos, aber doch unrichtig geschworenen Eid, — ferner auf die weiteren Gestaltungen die sich an die Einleitung des Streitverfahrens anknüpfen, habe ich mich nach den mir hier vorliegenden Zwecken nicht weiter einzulassen. S. darüber insbes. Danz S. 170 ff.

v. tigen Civilproceßgesetzgebung. Zu der ersten Gestaltung eines solchen Weges gelangt ein Volk lediglich von Innen heraus, d. h. aus den Individuen heraus. Ueberhaupt die Articulirung jener drei Acte ist anfangs gar nicht bloße Form, was sie später wird, wenn sie nach langer Uebung vielleicht von Jahrhunderten hinterdrein in bestimmten Gesetzen aufgezeichnet wird [7]). Jene Articulirung ist anfangs der nothwendige Ausdruck der die verschiedenen in Betracht kommenden Gedanken sorgfältig auseinander legenden Individuen. Sie ist der Anfang juristischen Denkens und Sprechens, das sich in bestimmten Wortformen verkörpert, welche allmälig zur Sitte werden. Auch unter den Völkern, die unter einander in Streit gerathen, besteht zunächst keine Autorität, die ein solennes Einleitungsverfahren des justum bellum vorschriebe, und doch gestaltet sich ein solches. Unter den Individuen aber, auch wenn sie in einem Volke oder Stamme bereits einen Häuptling oder König also staatliche Gliederung haben, ist die Sachlage eben dieselbe, weil die vorhandene Staatsgewalt die Frage, wie der Einzelne sich in Betreff seiner Sachen schützt, anfangs noch gar nicht in das Bereich ihrer Satzungen gezogen hat. Die Selbsthülfe ist hievon der Beweis. Diese wird nicht etwa durch die positive Rechtssatzung geschaffen, indem zuerst der Rechtssatz den Individuen sagte: es ist Euch erlaubt Euch selber zu helfen. Es ist vielmehr umgekehrt die Selbsthülfe der ursprüngliche naturale Zustand zwischen den in dieser Hinsicht noch ganz souverain einander gegenüberstehenden Individuen. Der Staat reicht mit seiner

7) Es könnte mißverstanden werden, wenn man diese gesetzliche spätere Aufzeichnung als scheinbar wesentlichen Hauptpunkt hervorhebt, und also damit leicht zu dem Gedanken führt, daß in dieser gesetzlichen Aufzeichnung der Entstehungspunkt liegt. Danz S. 161: „der erste Act ist die gesetzlich normirte symbolische Gewaltausübung mit Berufung auf die vorhergegangene Exposition des Sachverhältnisses“.

ideellen höheren Souverainetät in diese Gebiete zunächst noch v.
gar nicht hinein. Jenes Verfahren aber mit seinen drei Gliedern beweist gerade einen Zustand, in dem ein Einwirken des Staats auf die Frage vom Sachenschutz noch gar nicht vorhanden ist. Die Individuen rufen die Götter für ihre Selbsthülfe herbei, das zeigt gerade, daß ihnen aller andere Anhalt fehlt. Ebenso wie die streitenden Völker in dieser Hinsicht sich einigen, daß sie Beide durch solenne Acte zum justum bellum zu gelangen suchen, so treibt auch die streitenden auf sich selbst angewiesenen Individuen gleiches Bedürfniß, durch solenne Articulirung ihres Streitverhältnisses dies letztere aus der rein physischen Machtfrage auf eine höhere Stufe emporzuheben und unter die Weihe einer das Streitverhältniß innerlich richtenden höheren Macht zu stellen. Nicht die Hülflosigkeit ist es die die Individuen hiezu treibt; solche und ähnliche äußerliche Erklärungsgründe treffen gar nicht den Kern der Frage. Was hier wirkt ist vielmehr das innerlich freiheitliche Gefühl des Menschen, das Gefühl, daß man auch im Gegner den Genossen vor sich hat, daß man also mit dem Gegner gleichstehend im Streit über die Sache nach wirklicher innerer Prüfung und Entscheidung des Streitverhältnisses Verlangen trägt[8]). So rufen denn eben beide Streitende die Götter zu Zeugen und Richtern des Streites auf, und in dem Kampf, den sie hinterdrein kämpfen, suchen und erkennen sie den Spruch der richtenden Götter. —

VI. Wir haben, scheint mir, in solchen Formen, wie sie VI.
uns in jener dreifachen Gliederung der Einleitung der sacra-

8) Humboldt Kawi p. CCXX.: „Ich habe mich schon oben gegen die Erklärung des Ursprungs der Sprachen aus der Hülflosigkeit des Einzelnen ausgesprochen. Nicht einmal der Trieb der Geselligkeit entspringt unter den Geschöpfen aus der Hülflosigkeit. Ueberall in der Natur entwickelt sich Leben und Thätigkeit aus innerer Freiheit".

1. in der Sprache ein bedeutendes Mittel, seine Eigenthümlichkeit darin auszuprägen. Die Art, wie die Sprache im Munde des Volks auf dem zunächst vorhandenen Organismus sich weiterbildet, zu höherer Feinheit sich auseinanderlegt, und so zum Ausdruck der sich allmälig bereichernden Gedankenwelt des Volkes wird, enthält die nothwendig mit der Entwicklung des Volksgeistes gleichen Schritt gehende Entfaltung eines bestimmten Charakters der Sprache. Das volle Gepräge dieses Charakters erhält die Sprache durch einzelne vorangehende und gleichsam äußere Satzungen gebende Theile des Volkes (z. B. die Hauptstadt), sowie durch die sprachlich am höchsten stehenden geistigen Individualitäten, die Dichter, Schriftsteller, Sprachforscher, Grammatiker, in deren Literatur dem Volke eine Art Gesetz gegeben wird [1]). Während man jenes die Organisirung, so kann man dieses die Fixirung der Sprache nennen. Jene ist nach Humboldt (Haym S. 549—551) eine naturhistorische, diese eine intellectuell-teleologische Erscheinung. Diese letztere gestaltet sich zu einer wesentlich historischen Wissenschaft, wonach es verfolgt werden muß, in welcher Weise die Idee der Sprachvollendung auf Grundlage des gegebenen Organismus sich realisirt hat, oder vor dem Ziele stehen geblieben, oder über das Ziel hinaus ermattet und versunken ist. Nur darf man diese beiden Gesichtspunkte nie äußerlich trennen wollen, „auch im Zustande der Cultur hören die Sprachen nicht auf, naturhistorische Erscheinungen zu sein, und schon von Hause aus ist ihre Verschiedenheit zugleich eine intellectuell-teleologische“. „Die physiologische muß mit der historischen Betrachtung Hand in Hand gehen“.

Gleichartig ist es nun aber auch im Recht, und speciell im Eigenthumsrecht; hier nur noch viel schärfer ausgeprägt, denn

1) Vgl. auch diese Studien Heft I. S. 64.

hier tritt ein Moment hinzu, das in der Sprache doch nur in unvollkommener Weise sich geltend macht, das der äußeren Fixirung des Organismus des Lebensverhältnisses durch den Gesammtwillen. Es tritt in jedem Volke das Moment hinzu, daß die Gesammtheit, als einen Willen habende Einheit, in Betreff des Eigenthumsverhältnisses äußerlich bindende Satzungen aufstellt, und es fragt sich, wie wir uns im Genaueren das Ansetzen der Rechtssatzung an die schon vorhandenen factischen Voraussetzungen, die wir im Bisherigen haben kennen lernen, zu denken haben. Man stellt sich nun heutzutage diese Bildung des Eigenthums vielfach in einer Weise vor, die ich nur als eine doctrinäre bezeichnen kann. So wie das Eigenthumsrecht als ein gewordenes vor uns liegt, als ein Institut, über welches der Rechtssatz genau festgestellt hat, wie es erworben werden, wie es nach allen Seiten richterlich geschützt sein soll, — so denkt man sich durch juristische Ueberlegung das Institut in Gemäßheit seines Begriffs als wenigstens den Grundzügen nach gleich eingeführt, und damit als logisches Ganzes zugleich innerlich schon vollständig gegeben. Wenn man auch zugeben muß, daß das Eigenthumsrecht zunächst auf Gewohnheitsrecht ruht, so denkt man sich doch den Autor des Rechtes, das Volksbewußtsein, in der Weise eines Gesetzgebers vorschreitend. Es findet eine erste Vertheilung der Güter als erste Grundlage Statt, der Rechtssatz sucht sich bestimmte äußere thatsächliche Momente aus, z. B. die factische Sachergreifung (die von dem Begriff der Erarbeitung völlig verschieden ist), bei deren Vorliegen das Eigenthumsrecht fortan als dem Einzelnen verliehen gelten soll, und der Rechtssatz hat auch gleich genauer festgestellt, wie nun dieses so construirte Eigenthumsrecht durch Klagen u. s. w. unter dem Schutze der Gesammtheit und des Richters stehen soll.

Sehen wir aber genauer zu, so verhält sich die Sache we-

I. sentlich anders. Die Entwicklung des Eigenthumsrechts hat sehr verschiedene Stufen und bei verschiedenen Völkern sehr von einander abweichende Gestaltungen durchzumachen gehabt. Es ist auch namentlich (nach einer neuerdings mehr hervortretenden Anschauung) keineswegs dem Eigenthumsrechte als einem nothwendigen Theile des „Privatrechtssystems" oder des „dinglichen Rechts-Princips"[2]) ein bestimmter juristischer Charakter, der sich aus dem obersten „Rechts-Begriff" einfach deduciren ließe, von vorn herein mitgegeben, es ist keineswegs ein

2) Gerber D. Pr. R. §. 72. Girtanner in Gerber u. Iherings Jahrb. III. S. 59: „Es darf hier als unbestritten (?) vorausgesetzt werden, daß die wissenschaftliche Richtung allein auf der Seite zu suchen ist, wo der erstere Standpunkt festgehalten, wo das Recht erklärt wird aus den ihm innewohnenden selbständigen Principien". S. 64: „Zu jeder Macht, zu jedem Machtverhältniß gehören zwei Factoren, ein Subject und ein Object". „Jener Hauptbegriff: Recht ist eine Macht, eine Herrschaft des Willens einer Person, woher ist er genommen, worauf beruht seine Stellung als oberster Rechtsbegriff, worauf anders als auf der Beziehung des Subjects zur Außenwelt, zum Vermögen, auf dem Zwecke, den man der Rechtsordnung für das Leben unterlegt"? S. 86: „Eigenthum ist das Recht an der Bestimmung der Sache, wodurch diese ihre besondere Richtung auf eine bestimmte Person erhält". „Der Sache wird durch das Eigenthum ihr bestimmter Platz in der Rechtswelt, unter dem Kreise der Rechtsobjecte angewiesen, ihre bestimmte Angehörigkeit festgestellt, und so liegt in jenen Ausdrücken mea aliena eine Eigenschaft der Sache selbst angedeutet". — Dieser Versuch, das Eigenthum rein sächlich (nur mit Voraussetzung des abstracten menschlichen Willens und ganz abgelöst von der begründenden menschlichen Thätigkeit) zu einer Sacheigenschaft zu machen, ist zum Theil veranlaßt durch einen Ausdruck von Böcking (s. oben §. 11). Wie soll denn aber aus dem Satze, daß es Sachbestimmung ist unter menschlicher Herrschaft zu stehen, sich gerade lediglich diese Eine Art der menschlichen Herrschaft [also nicht das Besitzrecht, z. B. Zutheilung auf acht oder zehn Jahre, sondern das Eigenthum; — und nicht die Gütergemeinschaft, sondern das Privateigenthum] erklären? vgl. oben §. 12 Text vor Note 3 und die erste Beil. §. IV bei Note 2.

bestimmter Klagenschutz als von vorn herein sich von selbst ver- I.
stehender „Ausfluß" des Rechtsbegriffs 3) schon im Principe des *Eigenthumsrechtes* enthalten.

Versuchen wir in einigen Hauptzügen es hier vor Augen zu führen, wie, angelehnt an die zunächst vorhandenen naturalen Grundlagen, die Fixirung des Eigenthumsrechtes in den verschiedenen Völkern in Wirklichkeit zu denken ist. Wir wollen dabei die beiden Hauptfragen der Feststellung von Rechtssätzen über den Eigenthumserwerb und über den Eigenthumsschutz trennen.

II. Die Völker, auf die wir auch in den ältesten Quellen II.
zurückgewiesen werden, sind doch ganz überwiegend schon Völker, die bereits eine Wanderung gemacht, und aus dieser Wanderung und durch Erkämpfung neuer Ansiedlung im neuen Lande besondere Gestaltungen theils ihrer staatlichen Gliederung theils ihrer Stellung zu Grund und Boden empfangen haben. Namentlich erklärt sich hieraus eine Art der Bewirthschaftung des Grund und Boden, die gar nicht bloß eine sachenrechtlich-wirthschaftliche sondern ebenso sehr auch eine politische Seite hat, und bei sehr vielen Völkern vorkommt. Die Ansiedlung ist durch Kampf und Arbeit des Volkes als Ganzen geschehen, und so betrachtet dies Volk den Grund und Boden als zunächst der Gesammtheit erworben, von der dann nur die einzelnen Grund-

3) Gerber in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XI. S. 40: „die *natürliche* Auffassung der Verhältnisse.... Denn *offenbar* ist es doch das *Natürliche*, das Klagerecht als den Ausfluß als die Wirkung des Rechts an der Sache, ja als dieses Recht selbst in seiner Anwendung seiner Geltendmachung zu betrachten, und die Befugniß ihrer Klaganstellung sowie ihre Gränzen *durch den inneren materiellen Grund* der Herrschaft über die Sache bestimmt zu sehen". Nach dieser Abhandlung soll die Gewere eine unverständliche Bezeichnung sein, die „nicht nach einem bewußten auf der *Idee der Nothwendigkeit* ruhenden Princip, sondern ganz willkürlich angewendet wurde".

II. stücke an die Einzelnen auf Zeit ausgetheilt werden [1]). Es ist dies also zugleich eine politische Organisation, durch die die Einzelnen fortwährend in Betreff des Grundbesitzes in der Hand der leitenden Obrigkeit bleiben. Der Begriff des Eigenthums fehlt nicht, aber er wird politisch verwendet, es fehlt das Privateigenthum wenigstens am Grund und Boden. Es ist dabei immer noch Raum, daß auf Privatarbeit beweglichen Sachen gegenüber auch Privateigenthum gestützt werden kann, es ist auch an sich der eigentliche Grund des Grundeigenthums nicht innerlich verändert, aber er ist in Betreff der Subjecte verschoben. Der eigentliche Grund, auf den das Volk sein Recht am Grund und Boden stützt, ist doch einfach die Ansiedlung, d. h. eine auf Arbeit und Kampf ruhende Thatsache. Mag nun im Einzelnen das Volk dies sich noch genauer nach verschiedenen Anschauungen färben (entweder als lex belli, also als Erwerb in Folge eigener Kraft, oder in theokratischem Lichte als Geschenk Gottes, der ihnen das erkämpfte Land zugewiesen habe), der wirkliche Grund, worauf sich die Volksanschauung stützt und worauf auch in Wahrheit ihr Verhältniß zum Grund und Boden im Gegensatz zu anderen Völkern ruht, ist der der Erarbeitung. Nur in Betreff der Subjecte hat sich dies so verschoben, daß nach der Rechts-Anschauung dieses Volkes die Gesammtheit als ideelles Subject den Eigenthumserwerb vorgenommen hat, und nun auch festhält, um den Gegenstand des Eigenthums zum Gegenstand politischer Administration zu machen.

Auf wesentlich verschiedener Stufe stehen diejenigen Völker, bei denen die Zutheilung des Grund und Boden (wenn auch vielleicht mit Zurückbehaltung eines gewissen „ager publi-

1) Nachweisungen über einzelne Völkerschaften geben Mommsen Röm. Gesch. II. 158. III. 117; Voigt jus naturale II. 1, S. 445 ff. Note 572, 573.

cus" oder „gemeiner Mark") an den Einzelnen zu definitivem, nicht bloß der Zeit nach limitirtem, Rechte erfolgt. Auch hier kommen noch wieder verschiedene Nuancen vor, entweder so daß das Zugetheilte von vorn herein als vollständig an die Privatperson abgegeben erscheint, also ihm volles Recht der Fortleitung an Andere, auch der Herüberleitung auf folgende Generationen, anerkannt wird; oder so, daß die Zutheilung zunächst nur an die Person erfolgt, der Uebergang an die folgende Generation nur ein factisch zugestandener ist, und dann erst allmälig durch Gewohnheitsrecht zu einem auch rechtlich festgestellten wird. Jedenfalls wird nun aber auch bei diesen Rechtsformationen die ganze Frage von der Eigenthumsentstehung durch die staatliche Zutheilung keineswegs absorbirt. Abgesehen davon daß es hiemit, als der allgemeinen Regel, noch immer vereinbar bleibt, daß auch in besonderer Beschränkung sogar die Privatansiedlung als Grund von Eigenthumsrecht am Grund und Boden anerkannt wird, so ist in Betreff der Erlangung der beweglichen Sachen, in Betreff der Jagd, Fischerei, der Selbstverfertigung von Sachen, des Tauschhandels mit Sachen u. s. w. noch immer für die Entfaltung der Privatarbeit freier offener Boden. Ja noch mehr. So gut es für den Privatmann geschäftliche Arbeit ist, wenn er sich gegen Hingabe seiner Sachen oder Arbeit Anderes eintauscht, so nahe liegt es auch, daß, wo durch die Einzelkraft der Männer der Staat Beute Gefangene Land erkämpft hat, was dann der Staat den Einzelnen zutheilt, dies doch wieder unter die Gesichtspunkte des Privaterwerbes gestellt wird. Der Staat hat das Eigenthum gleichsam als Privatperson erworben, er giebt es durch Verkauf wieder an die Einzelnen. Aber auch wo er einfach durch lex und einseitige Schenkung es dem Einzelnen zutheilt, materiell liegt doch auch schon die Arbeit der Einzelnen vor, um derentwillen das Gut denen, die es verdient haben, zugetheilt wird. Weit ent-

II. fernt also, daß das Eigenthum hier dem Gebiete des Privaterwerbes entrückt wäre, wird vielmehr umgekehrt der Erwerb durch den Staat und die Zutheilung vom Staate an den Einzelnen ganz oder wenigstens annähernd dem gewöhnlichen Privaterwerbe gleichartig gestellt.

Wenn wir im einzelnen Volk derartige Rechtsgestaltungen finden, wie wir sie hier eben kurz zusammengestellt haben, auf welcher dogmatischen Grundlage müssen wir dann ihr positives Eigenthumsrecht für auferbaut erklären?

Halten wir fest, der erste factische Keim des Eigenthumsbegriffs ist die aus den Individuen hervordringende Arbeitsthat, und der Umstand, daß durch solche Arbeitsthat Sachen in völlig neue Stellung gebracht werden. Wo keine weiteren Momente herzutreten, bleibt die errungene Sache im Kreise des erringenden Individuums, im Privatkreise. Es müssen erst von außen Impulse hinzukommen, die die Sache aus dem Privatkreise hinausheben; treten diese nicht ein, so kann das Resultat nur sein, daß Privatarbeit Privateigenthum erzeugt, d. h. eine den übrigen Individuen gegenüber manifestirte und mit Selbsthülfe aufrecht erhaltene Privatmacht. Denken wir uns nun unter einem Stamme eine gewisse Art der Arbeit d. h. der Sacherringung sich allmälig verbreitend, so wird sich leicht aus der Summe der Einzelarbeit in ihrer langhergebrachten Gestalt ein Gesammtbewußtsein entwickeln; es gestaltet sich aus dem factisch schon Vorhandenen und Geübten ein Gewohnheitsrecht, das äußerlich constatirte Volksbewußtsein erkennt an, daß wer in dieser Weise gearbeitet hat Eigenthümer sei, Privateigenthum ist zum Eigenthumsrecht geworden. Die Veränderung liegt hiebei vorzugsweise darin: Was zunächst bloß ein factisch organisirtes Lebens-Verhältniß war, lediglich ruhend auf der Thatkraft und dem Selbstschutz der Einzelnen gegen die Einzelnen, das hatte anfangs auch nur unter den

Einzelnen als solchen eine Anerkennung, wie ich sie oben mit dem Sprachverständniß zusammengestellt habe; eine Anerkennung, die noch durchaus keine Garantie, oder der Grund des Habens des Einzelnen ist. Sie ist nur das Wissen, wie der Einzelne, indem er sich eine Lebensthätigkeit einen Beruf eine Arbeitssphäre schafft, die Sache errungen hat, das Wissen, daß man selbst zu gleicher Thätigkeit getrieben wird. Aus solchem Wissen aber entwickelt sich sehr leicht im Laufe der Zeit ein Volksbewußtsein, wie wir es im Gewohnheitsrecht als Satzung der Gesammtheit erkennen. Hat sich aber dies gestaltet, so hat damit das concrete Arbeitsfactum, womit der Einzelne sich eine Sache erringt, innerlich eine andere Bedeutung bekommen. Stützte er bisher sich lediglich auf sich selbst um die Sache „sein" zu nennen, war also die materielle causa seines Habens eine lediglich factische, so stützt er sich, sobald in altem Herkommen der Rechtssatz sich äußerlich festgestellt hat, für sein Eigenthum freilich noch immer auf die eigene That (als factische causa), aber in dieser That stützt er sich jetzt zugleich auf den ihm Eigenthum zugestehenden Willen der Gesammtheit (als juristische causa seines Eigenthums). Der Grund des Eigenthums hat sich also verändert, er ist ein innerlich vollerer geworden. Das Eigenthum geht noch immer in der concreten Arbeitsthat vom Individuum aus, aber die Arbeitsthat, als dem constatirten Gesammtwillen entsprechend, ist nun gleichzeitig Ausfluß und Erscheinungsform des über dem Individuum stehenden Gesammtwillens. Bisher war Eigenthum lediglich naturali ratione erworben worden und war überhaupt nur ein factisches Verhältniß, jetzt ist die naturalis ratio zur ratio juris geworden und das Eigenthumsverhältniß hat sich zum Rechtsverhältniß fixirt.

Die Völker, bei denen sich dieser Gang findet, daß das nach seiner Physis private Eigenthumsverhältniß auch zum Privateigenthumsrechte wird, und daß die Privatarbeit die

II. principielle naturale Grundlage auch des juristischen Eigenthumserwerbs bleibt, — solche Völker geben damit ein bedeutungsvolles Zeugniß eines höherstehenden nationalen Geistes. Nichts spannt mehr die menschliche Kraft zur Arbeit an, als daß man der Frucht seiner Arbeit sicher ist, und bei dem Zusammenhange, den physische Arbeit mit der höchsten auch geistigen Entfaltung der Menschheit hat (s. die erste Beil. §. IV), ist der Impuls, den die freie Entfaltung der Privatarbeit als Eigenthumsgrund hat, ein für die ganze höhere Entwicklung und Erziehung eines Volks höchst bedeutsamer. Die Arbeit als Grundprincip des Privateigenthumsrechts ist zugleich Ausfluß und immer neu wirkendes Anreizungsmittel eines freiheitlichen thätigkeitsuchenden Volkssinnes. Es ist dabei möglich, daß in der juristischen Gestaltung dieses Arbeitsprincips in den einzelnen Völkern noch wieder die mannigfachste Verschiedenheit vorkommt; einen gewissen gemeinsamen Boden müssen die Rechte dieser Völker bei den objectiv gegebenen Formen, zu denen sich Privatarbeit nun einmal überhaupt in der Menschheit gestaltet und nur gestalten kann, doch immer behalten.

Zu den positiven Rechten der hier charakterisirten Art gehören sowohl das Deutsche wie das Römische Recht. Wie sich im Römischen Recht das Arbeitsprincip gestaltet hat, ist oben genauer untersucht worden. Im Deutschen Recht tritt das Arbeitsprincip sogar nach gewissen Richtungen hin noch voller hervor, ich muß aber, abgesehen von einigen gelegentlich vorgekommenen Hinweisungen auf das Deutsche Recht, einer germanistischen Untersuchung der Principien des Eigenthumserwerbes in der vorliegenden Schrift ausweichen. Vielleicht wird an anderem Orte sich Gelegenheit finden, den Gedanken, die ich nach dieser Richtung hin mitzutheilen wünsche, Ausdruck zu geben.

III. Wir gelangen auf die zweite am Ende des §. 1 hervorgehobene Frage: wie wir uns das Ansetzen eines Rechtsschutzes an das Eigenthumsverhältniß zu denken haben. Bleiben wir hier gleich, was uns vorzugsweise interessirt, bei den Völkern stehen, bei denen sich in der eben angegebenen Weise Privateigenthumsrecht auf Grundlage des Arbeitsprincips entwickelt hat. Es ist durchaus nicht zu glauben, daß mit der Feststellung gewisser Eigenthumserwerbarten als Recht, namentlich auch etwa mit der Zutheilung gewisser Güter an Einzelne von Staatswegen, von vorn herein nach der „Idee der Nothwendigkeit" oder als „Folge des dinglichen Rechtsprincips" ein gewisser staatlicher oder Rechtsschutz als gegeben zu betrachten wäre. Der Eigenthumserwerb hat hier, wie ich vorhin bemerkte, doch den Charakter des Hervorgehens aus den Individuen behalten, auch wenn er nun andererseits zu einem durch Herkommen geheiligten Rechtssatz geworden ist. Mit dem Schutz des Eigenthums aber verhält es sich zunächst ebenso. Er ist anfänglich ein aus den Individuen hervorgehender, er ist Selbstschutz, noch gar kein Rechtsschutz. Seine Gestaltung aber zum Rechte geht wieder seine ganz eigenen Wege, und es können lange schon in Betreff des Eigenthumserwerbes gewisse Rechtssätze in einem Volke feststehen, während die Seite des Schutzes noch ganz in der Hand der Individuen liegen bleibt; ja es ist sogar möglich (und so ist es in der That im Deutschen Recht), daß in einem Volke das Eigenthum in Betreff des Erwerbes durchaus sich zu Recht fixirt, und doch ein selbständiger speciell für das Eigenthum und nur für dieses aufgebauter Rechtsschutz mit bestimmten Eigenthumsklagen sich nie gestaltet. Es wird freilich niemals bei dem Ausbau des Rechtes in einem Volke an Einrichtungen fehlen, durch die dem Individuum in genauer fixirter Weise staatlicher und richterlicher Schutz im Fall der Rechtsverletzung gewährt wird. Aber die

III. Klagen können so eingerichtet sein, daß sie nicht individualisirt sind d. h. daß nicht eine einzelne Klage ein einzelnes Rechtsverhältniß ganz genau deckt. Es kann einen Klagenschutz geben, wobei eine Klage dem Eigenthum Schutz gewährt, aber daneben auch noch einem zweiten Verhältniß das nicht Eigenthum ist, und wobei diese Klage doch wieder nicht das ganze Eigenthum schützt, sondern nach einer anderen Seite hin eine zweite dritte Klage neben sich hat, die, auch freilich nicht lediglich für das Eigenthum aufgestellt, doch gewisse Seiten desselben schützt. Mit anderen Worten: das Rechtsverhältniß und der Klagenschutz brauchen sich gar nicht zu decken, es kann ein Rechtsverhältniß des Eigenthums existiren und es kann auch einen juristischen Klagenschutz, der das Eigenthum umfaßt, geben, und doch können Eigenthumsklagen im juristischen Sinn des Worts (d. h. nur für das Eigenthum aber auch für das ganze Eigenthum construirte Klagen) dem positiven Rechte eines Volkes völlig fehlen. —

Die Art nun, wie sich überhaupt in den einzelnen Völkern der Rechtsschutz an die ursprüngliche Grundlage des Selbstschutzes ansetzt, läßt, bei großer Mannigfaltigkeit je nach der nationalen Individualität der verschiedenen Völker, doch einen gewissen gemeinsamen Gang erkennen. Aus den Individuen heraus entwickeln sich zuerst gewisse Gestaltungen, die dann hinterdrein in Gewohnheitsrecht übergehen. Aber der Stoff der Gestaltungen, die hier aus den Individuen heraus sich erzeugen, ist von vorn herein ein ganz anderer, als den wir vorher in dem naturalen Organismus der Privatarbeit und dem sich daraus entwickelnden Rechte des naturalen Eigenthumserwerbes vor uns hatten. Die Arbeit organisirt sich in der Menschheit nicht aus spontanen Satzungen der Individuen heraus; es besteht, wie bei der Sprache, ein instinctuell Treibendes im Menschen, das die Arbeit naturali ratione aus

ihm hervorgehen läßt. Dagegen wenn der Mensch durch freien Act der Ueberlegung spontane Satzungen macht, so haben wir nicht einen naturalen, sondern rein voluntaren Stoff vor uns. Solche voluntare Satzungen aber sind es, die, durch die Individuen geschaffen, sich allmälig an die Selbsthülfe ansetzen, und in ihrem allmäligen Festerwerden zum Rechtsschutze herüberführen.

Die ursprüngliche Art des Selbstschutzes und der Selbsthülfe ist, im Falle des Streits über verletzte Befugnisse, unter den einzelnen Völkern wie den einzelnen Individuen der Kampf[1]); es pflegt deßhalb auch in einfachen Zeiten die Art, wie der Kampf in bestimmte Formen des Rechtsschutzes herübergeführt wird, in der internationalen Stellung der Völker und Stämme wie in der Stellung der Individuen gegeneinander, ganz gleichartige Wege zu gehen. Für diesen Kampf ist es für Völker wie Individuen das erste Bedürfniß gewisse Formen und Solennitäten aufzustellen, um Götter und Mitmenschen Zeugen sein zu lassen, daß man selbst in gerechter Sache den Kampf eingehe, und um Mitgefühl und Beihülfe dem Gegner möglichst

---

1) Also dasselbe, was den ursprünglichen Entstehungsgrund des Eigenthums ausmacht (s. oben §. 19. 20), bildet auch das ursprüngliche Mittel der Schützung des Eigenthums. — Vgl. auch über die nordamerikanischen Indianer: Franz Löher, Land und Leute in der alten und neuen Welt III. insbes. S. 188. 189 (1858): „Nach festem Recht und Gericht haben die Indianer kein Verlangen, sie bedürfen es nicht. Das Recht kann sich bei ihnen nicht entwickeln, weil Sondereigenthum an Grund und Boden dafür keinen Anhalt giebt. Am beweglichen Vermögen ist Eigenthum anerkannt, es wird außer durch Jagd und Krieg durch Handel Tausch und Familienerbschaft erworben. Sklaven kennen sie nicht, der Kriegsgefangene wird getödtet oder in den Stamm als ein Familienglied aufgenommen. Raub und Beleidigungen rächt jeder selbst, er ist eben sein eigener Richter so lange, bis er den Unwillen den Widerstand die Rache der übrigen hervorruft".

III. Klagen können so eingerichtet sein, daß sie nicht individualisirt sind d. h. daß nicht eine einzelne Klage ein einzelnes Rechtsverhältniß ganz genau deckt. Es kann einen Klagenschutz geben, wobei eine Klage dem Eigenthum Schutz gewährt, aber daneben auch noch einem zweiten Verhältniß das nicht Eigenthum ist, und wobei diese Klage doch wieder nicht das ganze Eigenthum schützt, sondern nach einer anderen Seite hin eine zweite dritte Klage neben sich hat, die, auch freilich nicht lediglich für das Eigenthum aufgestellt, doch gewisse Seiten desselben schützt. Mit anderen Worten: das Rechtsverhältniß und der Klagenschutz brauchen sich gar nicht zu decken, es kann ein Rechtsverhältniß des Eigenthums existiren und es kann auch einen juristischen Klagenschutz, der das Eigenthum umfaßt, geben, und doch können Eigenthumsklagen im juristischen Sinn des Worts (d. h. nur für das Eigenthum aber auch für das ganze Eigenthum construirte Klagen) dem positiven Rechte eines Volkes völlig fehlen. —

Die Art nun, wie sich überhaupt in den einzelnen Völkern der Rechtsschutz an die ursprüngliche Grundlage des Selbstschutzes ansetzt, läßt, bei großer Mannigfaltigkeit je nach der nationalen Individualität der verschiedenen Völker, doch einen gewissen gemeinsamen Gang erkennen. Aus den Individuen heraus entwickeln sich zuerst gewisse Gestaltungen, die dann hinterdrein in Gewohnheitsrecht übergehen. Aber der Stoff der Gestaltungen, die hier aus den Individuen heraus sich erzeugen, ist von vorn herein ein ganz anderer, als den wir vorher in dem naturalen Organismus der Privatarbeit und dem sich daraus entwickelnden Rechte des naturalen Eigenthumserwerbes vor uns hatten. Die Arbeit organisirt sich in der Menschheit nicht aus spontanen Satzungen der Individuen heraus; es besteht, wie bei der Sprache, ein instinctuell Treibendes im Menschen, das die Arbeit naturali ratione aus

ihm hervorgehen läßt. Dagegen wenn der Mensch durch freien Act der Ueberlegung spontane Satzungen macht, so haben wir nicht einen naturalen, sondern rein voluntaren Stoff vor uns. Solche voluntare Satzungen aber sind es, die, durch die Individuen geschaffen, sich allmälig an die Selbsthülfe ansetzen, und in ihrem allmäligen Festerwerden zum Rechtsschutze herüberführen.

Die ursprüngliche Art des Selbstschutzes und der Selbsthülfe ist, im Falle des Streits über verletzte Befugnisse, unter den einzelnen Völkern wie den einzelnen Individuen der Kampf[1]); es pflegt deßhalb auch in einfachen Zeiten die Art, wie der Kampf in bestimmte Formen des Rechtsschutzes herübergeführt wird, in der internationalen Stellung der Völker und Stämme wie in der Stellung der Individuen gegeneinander, ganz gleichartige Wege zu gehen. Für diesen Kampf ist es für Völker wie Individuen das erste Bedürfniß gewisse Formen und Solennitäten aufzustellen, um Götter und Mitmenschen Zeugen sein zu lassen, daß man selbst in gerechter Sache den Kampf eingehe, und um Mitgefühl und Beihülfe dem Gegner möglichst

---

1) Also dasselbe, was den ursprünglichen Entstehungsgrund des Eigenthums ausmacht (s. oben §. 19. 20), bildet auch das ursprüngliche Mittel der Schützung des Eigenthums. — Vgl. auch über die nordamerikanischen Indianer: Franz Löher, Land und Leute in der alten und neuen Welt III. insbes. S. 188. 189 (1858): „Nach festem Recht und Gericht haben die Indianer kein Verlangen, sie bedürfen es nicht. Das Recht kann sich bei ihnen nicht entwickeln, weil Sondereigenthum an Grund und Boden dafür keinen Anhalt giebt. Am beweglichen Vermögen ist Eigenthum anerkannt, es wird außer durch Jagd und Krieg durch Handel Tausch und Familienerbschaft erworben. Sklaven kennen sie nicht, der Kriegsgefangene wird getödtet oder in den Stamm als ein Familienglied aufgenommen. Raub und Beleidigungen rächt jeder selbst, er ist eben sein eigener Richter so lange, bis er den Unwillen den Widerstand die Rache der übrigen hervorruft".

zu entziehen. Indem beide Streitende dies Interesse treibt, gelangen sie zu einer Einigung über gewisse Formen, sie machen unter sich eine Sanction, deren Zweck ist den wirklichen Verletzer der Befugnisse des Anderen entweder herauszubringen, oder im Fall des Kampfes in schlechtere Lage zu stellen. Solch eine rein voluntare Satzung, öfter wiederholt und allmälig zur Sitte geworden, gewinnt dann leicht endlich die Stärke gewohnheitsrechtlicher Satzung, so daß der Streit in solcher Form eingegangen werden muß. Die aber, um derentwillen solche Solennitäten von den Streitenden eingerichtet worden waren, seien es die Götter, die Priester, die Versammlung der Mitbürger, der König u. s. w., sie gewinnen aus der Stellung von Zeugen leicht auch die von arbitri [2]), mögen sie von den Streitenden selbst als solche erwählt worden sein, oder mögen sie in Folge ihrer Stellung über den Individuen sich selbst gleich auf diesen Standpunkt gestellt haben. So setzt sich über den Kampf der Einzelnen ein unparteiischer Höherer, zunächst meistens nur zur gehörigen äußeren Leitung des Kampfes, dann allmälig auch als materieller Richter in der Streitsache. Das Alles wird dann mit der Zeit ein Complex althergebrachter ehrwürdiger Rechtssatzung, die nun ganz den Charakter der *civilis* ratio in sich trägt; aber ihr Ursprung aus der voluntaren Satzung der Individuen heraus ist dann oft nach langen Jahrhunderten, in denen sich die Rechtsformen vielleicht ihres alten materiellen Sinnes ganz entkleiden und nur als starre Solennität fortgetragen werden, doch immer noch erkennbar. —

Versuchen wir es, das was hier erst in allgemeinen Sätzen zusammengestellt wurde, in kurzen Zügen an den concreten Gestaltungen des Römischen Rechtes weiter zu verdeutlichen.

---

2) S. Danz der sacrale Schutz. S. 41. Liv. IX. 1. „diis arbitris“.

IV. Ein anschauliches Bild, wie in der Römischen Welt IV. die Solennität des Eides für den Schutz in der Beherrschung und Rückerlangung der res propria zur Verwendung gekommen ist, hat in neuerer Zeit in vortrefflicher Abhandlung Danz geliefert[1]. Es möge hier dies Bild noch einmal vergegenwärtigt werden. — Die Gesammtheit der Individuen fühlt sich unter dem Schutze und andererseits dem Zorn der Götter stehend, und das Individuum hat daher in der Furcht vor den Göttern das Mittel, ohne Rücksicht auf einen Staatsschutz, einem anderen Individuum gegenüber eine Sanction für eine vorzunehmende Satzung zu gewinnen[2]. Weil Staatsschutz und Rechtsschutz hier an sich nicht in Betracht kommt, so ist diese Eidesform gleichmäßig anwendbar für die einzelnen Individuen, wie auch andererseits bei völkerrechtlichen Verhandlungen für den Verkehr der Staaten untereinander[3]. Nur das Vorhandensein der bestimmten schirmenden und rächenden Götter ist für die zusammentretenden Individuen oder Staaten das bindende höhere Moment. Das Mittel nun, wodurch man ein anderes Individuum dahin bringt, eine Satzung oder Zusage unter die Sanction der Götter und unter die Zwangskraft zu fürchtender göttlicher Schutzentziehung zu stellen, ist, daß man ihn veranlaßt durch den genau formulirten Eid (conceptis verbis)[4] sich selbst auf den Fall des Eidbruchs für des Götterschutzes verlustig zu erklären. Der Schwörende ruft nach vorausgängigen Auspicien die Götter und zwar die geeigneten eigenen heimischen zu testes auf[5]; das was in dem Schwur festgesetzt worden, steht nun fortan unter dem Urtheil der damals

1) Danz der sacrale Schutz (1857).

2) Danz S. 39.

3) Danz S. 29. 179.

4) Danz S. 17.

5) Danz S. 33. 40. 69.

IV. zuschauenden Götter; sie erkennen den Verletzer der Satzung als injustus und impius, den treuen Bewahrer als justus und pius. Den Ersteren trifft der Zorn der Götter; aber nur soweit er damals unter dem Zuschauen der Götter auf sich selbst die Nachtheile herabgerufen hat (adversorum deprecatio), die ihn treffen sollen wenn er seine eigene Satzung verletzt (si fraudassit). „Nur so weit und nicht weiter, als sich der Schwörende ihr **wörtlich** unterwarf, reicht die vis nocendi des angerufenen Gottes" [6]). — Alles dies aber steht unter der Voraussetzung, daß der Eid einer bestimmten Person gegenüber geleistet worden ist, die exigit jus jurandum, die durch das „praeire verbis" sich zu dem Berechtigten macht, indem gerade ihr gegenüber die solenne Zusage und die adversorum deprecatio erfolgt. Diese den Eid abnehmende Person ist daher im Fall des Eidbruchs der Verletzte, welcher, indem dem Eidbrecher der Schutz der Götter in Folge seiner eigenen Deprecation jetzt fehlt, gegen den Verletzer als gegen einen einfachen hostis auf dem Wege der **Selbsthülfe** und des Kampfes vorschreitet [7]).

6) Danz S. 21. 41. 53. 54. 58. Schwor man den ältesten und stärksten Eid per Jovem lapidem, so hielt der Schwörende einen Stein, und zählte die Güter auf, aus denen er herausfallen möge im Fall des Eidbruchs, wie der jetzt aus der Hand fallende Stein. Die Aufzählung der Güter lautet in den aufbewahrten Formularen verschieden, und kann auch im Lauf der Zeiten verschieden gewesen sein: Lapidem silicem tenebant juraturi per Jovem haec verba dicentes: Si sciens fallo tum me Dispiter salva urbe arceque bonis ejiciat uti ego hunc lapidem. Nach anderer Version: Si fidem servasso, tum me dii adjuvent; sin sciens fefellero, tum ego, salvis ceteris omnibus in suis patriis, suis legibus, suis penatibus, sacris, sepulcris, solus excidam, ut hic nunc lapis. His dictis lapidem manu ejicit. S. Danz S. 13. 14. 55.

7) S. Danz S. 24—31. 47—49. 56. 71. 72. Liv. V. 11: Minime convenire, quibus iratos quisque deos precatus sit, *in iis sua potestate quum liceat et oporteat non uti.* Nunquam deos ipsos admovere nocentibus manus; satis esse, *si occasione ulciscendi laesos arment.*

Und wie verwendet nun das einzelne Volk oder das einzelne Individuum diese Solennität des Eides, um, wenn ihm seine Sachen weggekommen sind, unter dem Schutze der Götter eine ihm günstige Sachverfolgung eintreten zu lassen (res repetere)? — Betrachten wir zuerst die internationale Sachverfolgung. IV.

Es kommt darauf an, zunächst in solenner Weise äußerlich seinen Anspruch und die Verletzung durch das gegnerische Volk festzustellen, und sodann die Götter zu Zeugen aufzurufen, daß sie die ungerecht aufgestellte Forderung strafen mögen, wogegen, wenn der Anspruch gerecht ist, sie dem Gegner ihren Schutz entziehen werden [8]). Stellt sich der Gegner gar nicht in bestimmt abgeordneten nuntii zur Feststellung des Streites, so geht der Römische Gesandte in's fremde Land, um hie und dort seine Formel auszusprechen. Das Aussprechen der Formel geschieht nicht in Folge eines höheren dies vorschreibenden Rechtssatzes, sondern es treibt den populus Romanus dazu das eigene Interesse, um schon vor sich selbst zu einem justum bellum zu gelangen. Nach der ersten Formel wartet dann der populus Romanus 33 Tage, ob das gegnerische Volk zur gutwilligen Beilegung sich herbeiläßt. Thut es dies Letztere in dieser Frist oder auch gleich bei jener ersten Eidesleistung, so wird das entweder in der Erfüllung des erhobenen Anspruchs [durch Rückgabe des Genommenen oder Auslieferung der Schädiger: homines resque reddit, sontes dedit [9])] oder, wenn das gegnerische Volk den Anspruch läugnet [10]), in der Anbietung eines Schiedsrichters bestehen, über den sich die Streitenden vielleicht einigen [11]). Findet aber eine friedliche Beilegung nicht statt, so

8) Liv. I. 32.

9) Danz S. 190. 206—208.

10) Liv. I. 22: „Romani res repetiverant priores et neganti Albano".

11) Liv. IX. 1. Der Samnite sagt: Quid ultra tibi, Romane, quid

IV. kommt es nun (mag das gegnerische Volk sich gar nicht haben vernehmen lassen, oder mag es unter Betheuerung seines Rechtes seinerseits den Römern gegenüber die Götter angerufen haben) zur feierlichen Erklärung den Göttern gegenüber, daß das gegnerische Volk den erhobenen Anspruch nicht erfüllt habe, und also zur Androhung des Kampfes, der Selbsthülfe [12]. Daheim wird dann der Krieg beschlossen [13], der Fetial geht an die Gränze, und wirft eine blutige angekohlte Lanze hinüber verbunden mit formeller Kriegsansage [14]. Es kommt zum Kriege, ein menschlicher judex populus oder privatus (s. Note 11) hat hier freilich den Streit nicht entschieden, aber die conceptis verbis angerufenen Götter sind die Richter, sie entziehen dem unrecht Streitenden ihren Schutz und so wird

---

foederi, quid diis arbitris foederis debeo? quem tibi tuarum irarum quem *meorum suppliciorum judicem* feram, neminem neque *populum* neque *privatum* fugio.

12) Liv. I. 32. Der Fetial spricht: Audi Jupiter et tu Juno, Quirine diique omnes coelestes vosque terrestres vosque inferni audite: Ego vos testor, populum illum (quicunque est nominat) injustum esse, *neque jus persolvere.* Sed de istis rebus in patria maiores natu consulemus, *quo pacto jus nostrum adipiscamur.*

13) Liv. l. c. Der König fragt: Quarum rerum litium causarum condixit pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato priscorum Latinorum hominibusque priscis Latinis, quas res dari fieri solvi oportuit, quas res nec dederunt nec fecerunt nec solverunt dic quid censes? Der für Krieg stimmende Senator antwortet: *puro pioque duello quaerendas* censeo; itaque consentio consciscoque.

14) Liv. l. c. Der Fetial spricht: quod populi priscorum Latinorum hominesque prisci Latini adversus populum Romanum Quiritium fecerunt deliquerunt, quod populus Romanus Quiritium bellum cum priscis Latinis jussit esse, senatusque populi Romani Quiritium censuit consensit conscivit, ut bellum cum priscis Latinis fieret; ob eam rem ego populusque Romanus populis priscorum Latinorum hominibusque priscis Latinis *bellum indico facioque.*

dieser im Kampf unterliegen. Der Erfolg des Krieges selbst enthält den Ausspruch der Götter, und so wird noch nach beendetem Kampf der Unterliegende, der nun den Willen der Götter erkannt hat, streben, jetzt gutwillig dem Beschädigten alles Gut herauszugeben, ihn zu entschädigen, um den Zorn der Götter zu besänftigen[15]). — IV.

So haben wir also ein ganzes Verfahren zur Einleitung der den Göttern wohlgefälligen Selbsthülfe. Das einzelne Volksindividuum hat sich dies Verfahren dem anderen Individuum gegenüber gestaltet, es wird zur oft wiederholten altgeheiligten Sitte, und so haben wir die Anfänge des Civilprocesses, für die sich dann unter den Völkern auch wirklich internationales Gewohnheitsrecht feststellen kann.

V. Vergleichen wir nun die ältesten Keime des Streites über Sachen, wie er sich für die einzelnen Privatpersonen gestaltet hat[1]). Der welchem seine Sache weggekommen ist und der sie bei einem Anderen findet (der Kläger), beginnt nach Darlegung seines Anspruchs auf die Sache[2]) sogleich mit äuße- V.

---

15) Liv. IX. 1. Der Samnite Pontius spricht: Ne nihil actum hac legatione censeatis, expiatum est quidquid ex foedere rupto *irarum in nos coelestium* fuit. Satis scio, quibuscunque diis cordi fuit, *subigi nos ad necessitatem dedendi res quae a nobis repetitae fuerant;* iis non fuisse cordi tam superbe a Romanis foederis expiationem spretam. Quid enim ultra fieri ad placandos deos mitigandosque homines potuit quam quod nos fecimus? Res hostium in praeda captas, quae belli jure nostrae videbantur, remisimus etc. Danz S. 205.

1) Ich gehe hier von derselben Voraussetzung aus, von der auch Danz ausgeht, daß nämlich die legis actio sacramenti aus dem Eide der Streitenden (quod jurisjurandi sacratione interposita geritur Danz S. 152) zu erklären ist.

2) Ich schließe hier die besonderen Momente, daß etwa der Diebstahl constatirbar ist, und die speciell daran sich anknüpfende Sachverfolgungsart von der Betrachtung aus. s. die erste Beilage §. v. Note 2.

v. rer Zurüstung der Selbsthülfe, er legt die Lanze an die Sache. Der Gegner (Contravindicant), der die Sache sich selbst zuschreibt, thut ein Gleiches, und so constatiren Beide gleich äußerlich, daß sie im Zustande des Streites über die Sache begriffen sind [3]. — Es tritt nun aber bei Individuen, die einen Streit vor sich sehen, ganz dasselbe ein, was wir eben bei streitenden Völkern beobachtet haben. Jeder wünscht den Schutz der Götter auf seiner Seite zu haben, und dazu bedarf es den Göttern gegenüber einer Sanction [4]. Es werden also Beide zur Vornahme eines Verfahrens getrieben, in dem sich ihre Stellung gegen einander scharf ausprägt, und wodurch der Schutz der Götter dem, der gerechte Sache hat, zu Theil werden, dem Schädiger dagegen der Götterschutz entzogen wird. Schon der in Note 3 mitgetheilte Act ist Theil dieses Verfahrens, er ist nicht so zu denken, als wenn er ursprünglich den wirklichen Beginn der Selbsthülfe enthalten hätte, den dann nur der Gegner zurückschlüge, worauf sich Beide auf eine weitere Erörterung eingelassen hätten. Er ist vielmehr von Anfang an erster nothwendiger Theil des solennen Verfahrens, das die Streitenden vornehmen um, anstatt der ganz auf eigenen menschlichen Füßen stehenden Selbsthülfe, zu einer unter göttlichem Schutze stehenden Selbsthülfe zu gelangen. Er ist das Symbol derjenigen Selbsthülfe, zu der es hinterdrein unter göttlichem Schutze kommen wird.

An diesen ersten Act der äußerlichen Streitconstatirung

3) Gai. IV. 16: qui vindicabat, festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat velut hominem et ita dicebat: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*, et simul homini festucam inponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.

4) Ueber die Bedeutung der Sanction s. Danz S. 139 Note 15. S. 141. 210. 214. 224.

knüpfen dann die Streitenden die Feststellung über den inneren Grund, auf welchem sie zu der Sache stehen, oder mit anderen Worten: (den Grund bereits als einen rechtlich fixirten vorausgesetzt) über das Recht der Streitenden an der Sache. Kläger fragt den Gegner, aus welchem Grunde er vindicirt habe, und dieser beruft sich darauf, daß er es mit Recht gethan habe [5]).

Nachdem so die factische Seite des Streites und die rechtliche von den Parteien genau articulirt ist, rufen sie sich nun schließlich durch Eidschwur dazu auf, die Sache unter die Zeugenschaft der Götter zu stellen [6]). Beide beschwören die Gerechtigkeit ihrer Sache, und da also Einer falsch schwören muß, so werden die Götter diesem ihren Schutz entziehen, und der Gegner wird, wenn er nun die Selbsthülfe ausübt, ihn im Kampfe besiegen. —

Wenn man sich die Frage vorlegt, wie entstehen solche Formen, in denen die verschiedenen auszudrückenden Gedanken genau gegliedert in verschiedene Acte auseinander treten, so wird man der Wahrheit völlig fern bleiben, wenn man sie aus der Vorschrift irgend einer Autorität, die den Streitenden die Beobachtung dieser Formen aufgelegt habe, erklären zu können meint. Das erste Emporarbeiten eines formulirten Weges der Rechtsverfolgung macht sich nicht in der Weise unserer heu-

5) Gai. l. c.: qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris;* ille respondebat: *ius peregi sicut vindictam inposui.*

6) Gai. l. c.: deinde qui prior vindicaverat dicebat: *quando tu iniuria vindicavisti* [D. aeris] *sacramento te provoco;* adversarius quoque dicebat: *similiter ego te.* Auf die Frage, wie das sacramentum die Bedeutung eines bestimmten Schwurgeldes bekommen als verfallendes piamentum für nicht dolos, aber doch unrichtig geschworenen Eid, — ferner auf die weiteren Gestaltungen die sich an die Einleitung des Streitverfahrens anknüpfen, habe ich mich nach den mir hier vorliegenden Zwecken nicht weiter einzulassen. S. darüber insbes. Danz S. 170 ff.

v. tigen Civilproceßgesetzgebung. Zu der ersten Gestaltung eines solchen Weges gelangt ein Volk lediglich von Innen heraus, d. h. aus den Individuen heraus. Ueberhaupt die Articulirung jener drei Acte ist anfangs gar nicht bloße Form, was sie später wird, wenn sie nach langer Uebung vielleicht von Jahrhunderten hinterdrein in bestimmten Gesetzen aufgezeichnet wird [7]). Jene Articulirung ist anfangs der nothwendige Ausdruck der die verschiedenen in Betracht kommenden Gedanken sorgfältig auseinander legenden Individuen. Sie ist der Anfang juristischen Denkens und Sprechens, das sich in bestimmten Wortformen verkörpert, welche allmälig zur Sitte werden. Auch unter den Völkern, die unter einander in Streit gerathen, besteht zunächst keine Autorität, die ein solennes Einleitungsverfahren des justum bellum vorschriebe, und doch gestaltet sich ein solches. Unter den Individuen aber, auch wenn sie in einem Volke oder Stamme bereits einen Häuptling oder König also staatliche Gliederung haben, ist die Sachlage eben dieselbe, weil die vorhandene Staatsgewalt die Frage, wie der Einzelne sich in Betreff seiner Sachen schützt, anfangs noch gar nicht in das Bereich ihrer Satzungen gezogen hat. Die Selbsthülfe ist hievon der Beweis. Diese wird nicht etwa durch die positive Rechtssatzung geschaffen, indem zuerst der Rechtssatz den Individuen sagte: es ist Euch erlaubt Euch selber zu helfen. Es ist vielmehr umgekehrt die Selbsthülfe der ursprüngliche naturale Zustand zwischen den in dieser Hinsicht noch ganz souverain einander gegenüberstehenden Individuen. Der Staat reicht mit seiner

---

7) Es könnte mißverstanden werden, wenn man diese gesetzliche spätere Aufzeichnung als scheinbar wesentlichen Hauptpunkt hervorhebt, und also damit leicht zu dem Gedanken führt, daß in dieser gesetzlichen Aufzeichnung der Entstehungspunkt liegt. Danz S. 161: „der erste Act ist die gesetzlich normirte symbolische Gewaltausübung mit Berufung auf die vorhergegangene Exposition des Sachverhältnisses“.

ideellen höheren Souverainetät in diese Gebiete zunächst noch gar nicht hinein. Jenes Verfahren aber mit seinen drei Gliedern beweist gerade einen Zustand, in dem ein Einwirken des Staats auf die Frage vom Sachenschutz noch gar nicht vorhanden ist. Die Individuen rufen die Götter für ihre Selbsthülfe herbei, das zeigt gerade, daß ihnen aller andere Anhalt fehlt. Ebenso wie die streitenden Völker in dieser Hinsicht sich einigen, daß sie Beide durch solenne Acte zum justum bellum zu gelangen suchen, so treibt auch die streitenden auf sich selbst angewiesenen Individuen gleiches Bedürfniß, durch solenne Articulirung ihres Streitverhältnisses dies letztere aus der rein physischen Machtfrage auf eine höhere Stufe emporzuheben und unter die Weihe einer das Streitverhältniß innerlich richtenden höheren Macht zu stellen. Nicht die Hülflosigkeit ist es die die Individuen hiezu treibt; solche und ähnliche äußerliche Erklärungsgründe treffen gar nicht den Kern der Frage. Was hier wirkt ist vielmehr das innerlich freiheitliche Gefühl des Menschen, das Gefühl, daß man auch im Gegner den Genossen vor sich hat, daß man also mit dem Gegner gleichstehend im Streit über die Sache nach wirklicher innerer Prüfung und Entscheidung des Streitverhältnisses Verlangen trägt[8]). So rufen denn eben beide Streitende die Götter zu Zeugen und Richtern des Streites auf, und in dem Kampf, den sie hinterdrein kämpfen, suchen und erkennen sie den Spruch der richtenden Götter. — v.

VI. Wir haben, scheint mir, in solchen Formen, wie sie uns in jener dreifachen Gliederung der Einleitung der sacra- VI.

8) Humboldt Kawi p. ccxx.: „Ich habe mich schon oben gegen die Erklärung des Ursprungs der Sprachen aus der Hülflosigkeit des Einzelnen ausgesprochen. Nicht einmal der Trieb der Geselligkeit entspringt unter den Geschöpfen aus der Hülflosigkeit. Ueberall in der Natur entwickelt sich Leben und Thätigkeit aus innerer Freiheit".

VI. menli actio erhalten ist, die ältesten historischen Documente, wie sie neben der Sprache die Menschheit überhaupt mit sich trägt, vor uns. Sie datiren noch über das Recht hinaus, denn in gesetzlicher Vorschrift findet sich gar kein Moment, solche Formen innerlich zu erklären, und will man sie auf Gewohnheitsrecht zurückführen so ist das richtig, sie werden in der That allmälig gewohnheitsrechtlich fixirt, aber dann muß lange Uebung und Sitte schon vorausgegangen sein, der eigentliche Quell, der solche Form als solche schafft, muß also weiter zurück liegen.

An solche aus den Individuen hervorgedrungene Gestaltung setzen sich dann im Lauf der Zeiten immer neue verbessernde und weiterentwickelnde Zusätze an. Aber der Zusatz trägt immerfort den Stempel daß er ein an einen Kern sich Ansetzendes ist. Ursprünglich sind die Individuen es, die ihre Streitsache unter die Götter stellen, die Götter selbst sind nach der ihnen vorgelegten Sache die Richter, der nachfolgende Kampf der Individuen macht den Spruch der Götter kenntlich [1]). Bei dieser ursprünglichen Gestalt, wie sie im Völkerverkehr lange unverändert fortbesteht, bleibt es aber nicht im Kreise einer priesterlich und staatlich zusammengeschlossenen Gemeinschaft der Individuen. Hier machen sich Einflüsse geltend, die in dem internationalen Zusammenleben nicht vorkommen können.

In den Priestern zunächst finden die Individuen menschliche Autoritäten, die den Willen der Götter erkunden und aussprechen. Wenn also die Individuen durch den Eidschwur zunächst die Götter selbst zu arbitri machen, so führt das Vorhandensein der Priesterschaft dahin, in ihr den menschlichen Mund zu suchen, um zu untersuchen und auszusprechen, wessen sacra-

1) Treffend bemerkt Danz S. 226: „daß in den frühesten Zeiten italisches Volkslebens auch der Schutz des schon erworbenen Eigenthums wesentlich sacraler Natur war, wenigstens des Eigenthums an Grund und Boden, beweist die consecratio beim zu schließenden Gränzfrieden".

mentum justum sei und wessen nicht [2]). Ferner: wen die Götter aus ihrem Schutze entfernt haben, der fällt bei dem ursprünglichen Verwachsensein von Religion und Staat auch zugleich aus dem Schutze dieses letzteren heraus, also der unter dem Schutze der Götter Selbsthülfe Gebrauchende hat einen völlig auch staatlich ungeschützten Gegner [3]), und je nach dem, was überhaupt der Staat von Gütern bietet, wird denn auch die Eidesformel des Schwörenden alle die Güter aufnehmen, deren Verlust er im Fall des Eidbruchs auf sein Haupt ruft. Endlich: in der Priesterschaft, später in den staatlich aufgestellten Magistraten, bietet die Volksgesammtheit Autoritäten, unter deren Leitung das solenne Verfahren der Individuen, welches den Streit unter den Spruch der Götter stellt, eine größere Sicherheit vor Formalfehlern gewinnt. So gestaltet sich der Begriff einer unter höherer priesterlicher oder staatlicher Autorität stehenden Leitung des von den Streitenden vorgenommenen Verfahrens. Von jenem bei Note 2 erwähnten Richterspruch der Priester ist dieser Begriff der Proceßleitung völlig verschieden, er kann sich historisch gleichzeitig aber auch früher oder später als jener gestaltet haben. Namentlich aber ist diese priesterliche oder magistratische Proceßleitung durchaus nicht unzertrennlich von dem solennen Proceß der Individuen selbst zu denken. So wie sie im internationalen Proceß fehlt, so ist auch für den Proceß der Individuen wesentlich nur, daß sie selbst sich und der Sache gegenüber den Streit vor die Götter bringen. Für die Zeit wo dies noch durchaus Nichts von bloßer Formalität, sondern lediglich den vollen Ausdruck der Gedanken der Individuen in sich faßt, scheint mir die Annahme ganz unerläßlich, daß die Streitenden wirklich über der streitigen Sache stehen und die Lanzen darauf legen. Darnach er-

2) Danz S. 79 ff.

3) Danz S. 55.

VI. kennt man noch genau, daß die Vornahme des Actes vor dem an bestimmtem Orte Sitzung haltenden Priester oder Magistrat späterer historischer Zusatz ist. Es ist innerlich undenkbar, daß, als sich aus den Individuen heraus das Verfahren ihren Streit unter den Götterschutz zu stellen bildete, hier (also aus einer Bequemlichkeit der Parteien) die Unterscheidung zwischen transportablen und nicht transportablen Sachen hätte aufkommen können. Wo es sich in solchen Zeiten um Gewinnung des Götterschutzes handelt, fällt es den Leuten nicht ein sich zu sagen: bei den transportablen Sachen machen wir's fein daheim, bei den nicht transportablen holen wir uns ein Stück von der Sache und machen es wiederum daheim in aller Ruhe, die Götter werden schon damit zufrieden sein. Und wiederum, wenn man sich den ganzen Act des Stellens unter den Götterschutz gleich vor Priester oder Magistrat entstanden dächte, so ist die Unterscheidung zwischen transportablen und nicht transportablen Sachen ebenfalls unerklärlich. Es würde dann eine Form gebildet worden sein, die das Vorlegen der Sache gar nicht enthalten hätte, denn solche Acte sind in ihrem ersten Bestande nie leere Scheingeschäfte. Das Substituiren eines Stücks an Stelle der Sache ist schon Schein an Stelle der Wirklichkeit; dies als Theil einer Formalität neu ausgedacht, würde eine Spielerei sein, die völlig unhistorisch ist. Das an die Stelle Setzen der Scholle für das Grundstück ist nur verständlich als ein historisch Späteres, dem die Nothwendigkeit der Vornahme des Actes auf dem Grundstück selbst historisch vorausgegangen ist.

Der Satz, daß die legis actio sacramenti über der transportablen Sache selbst vorgenommen werden muß, kann entstanden sein nur in dem größeren Umfange, daß die actio über jeder Sache selbst vorgenommen werden muß[4]). Die

4) Gai. IV. 16: festucam tenebat, deinde *ipsam rem* adprehendebat

Götter müssen bei dem Acte von Allem ganz genau unterrichtet werden, es muß also, damit kein Irrthum in corpore eintrete, der Act über der res *praesens* vorgenommen werden. Es genügt nicht, daß wirklich kein Irrthum stattfindet, sondern es muß den Göttern gegenüber auch in Wirklichkeit Alles bezeichnet und ausgesprochen sein, also die Parteien müssen die Lanze auf diese Sache gelegt und dabei die weiteren Worte gesprochen haben, sonst ist der ganze Act eitel und wirkungslos. Erst eine historisch spätere Gestaltung kann es sein, daß man, was bei nichttransportablen Sachen in Gegenwart der pars rei ausgesprochen wird „als wenn" es in Gegenwart der ganzen Sache ausgesprochen worden wäre (*quasi* in totam rem praesentem [5])), nun auch als ebenso gültig betrachtete wie das wirklich an der tota res praesens Vorgenommene [6]). Und der Grund dieser Supposition kann nur der sein, daß die actio ihr Local verändert hat d. h. daß sie vor eine Person verlegt ist, deren Autorität ein Hingehen zur Sache noch viel weniger möglich erschei-

veluti hominem et ita dicebat, etc. — Die Frage steht gleichartig, wie im Deutschen Recht die anevangs-Klage, welche (hier kann nur von beweglichen Sachen die Rede sein) auch nothwendig das Anfassen der Sache selbst voraussetzt. Grimm's R. A. S. 589—591.

5) Vergl. auch Danz S. 237.

6) Gai. IV. 16: Si in rem agebatur, *mobilia* quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure *vindicabantur* ad hunc modum..... §. 17. Si qua res talis erat, ut non sine incommodo posset in ius adferri vel adduci, velut si columna aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur, deinde in eam partem *quasi in totam rem praesentem* fiebat vindicatio; itaque ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur; similiter si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur et in eam partem *perinde atque in totam rem praesentem* fiebat vindicatio, velut ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula.

VI. nen läßt, als das Herbeibringen einer pars rei, in der man (als eines wirklichen Stücks der Sache) doch immer noch die Sache selbst und nicht bloß einen beliebigen Repräsentanten der Sache vor Augen hatte.

Jedenfalls war seit der Stellung der actio unter die Leitung des Pontifex (und dann des Magistrats) ein Hauptschritt geschehen, um den in dem Verfahren liegenden Schutz schon als Rechtsschutz erscheinen, und das agere der Streitenden zur *legis* actio werden zu lassen. Freilich war der Schutz an sich immer nur negativ, Hinführung zu dem Punkt auf dem die legitime Selbsthülfe beginnt. Auch das Eingreifen des jus Dicirenden in die Fortführung des Verfahrens ist an sich nur negativ; so wenn er zwischen dem ersten und zweiten Acte zur Fernhaltung aller wirklichen Gewalt dazwischen spricht: mittite ambo hominem; so wenn er, falls der Gegner dem Vindicirenden gegenüber schweigt und die Contravindication unterläßt, mit dem addicere dazwischen tritt [7]), in welchem, wie Danz richtig bemerkt [8]), ursprünglich nichts als die Erlaubniß des Magistrats zur Selbsthülfe enthalten ist.

So war der Boden bereitet, auf dem das agere der Streitenden zum wirklichen staatlichen Rechtsschutz wurde, der Boden auf dem aus dem negativen Schutz (des Gestattens der Selbsthülfe unter gewissen Voraussetzungen) schließlich der directe positive Rechtsschutz emporwuchs [9]). Es liegt indeß nicht in den Zwecken dieser Abhandlung dies hier weiter zu verfolgen.

---

7) Gai. II. 24.

8) Danz S. 215 Note 41.

9) Danz S. 232. 233.

Dritte Beilage.

Prüfung der Gründe, wonach das Eigenthum lediglich ein Product der Rechtssatzung sein soll.

Beil. 3. 1.

I. Die vorstehenden beiden Beilagen sind der Untersuchung gewidmet, aus welchen Elementen das Eigenthumsverhältniß sich zunächst factisch entwickelt, dann rechtlich gestaltet und consolidirt. Ich vermuthe fast, daß man mir gegen diese Deductionen von gewisser Seite her einen Einwand zu machen geneigt ist, und danach sei es mir gestattet, gegen diesen Einwand hier in einer dritten Beilage die Replik zu anticipiren.

Der Einwand, den ich meine, ist wichtig genug, um nach seinen genaueren Gründen in einer eigenen Abhandlung geprüft zu werden. Es ist folgender: Mag es vielleicht sein, wird man sagen, daß der treibende Grund für die Gestaltung des Privateigenthums in der Privatarbeit zu suchen sei; indeß das ist eine philosophische Erklärung des Eigenthums, wie deren schon viele vorgebracht worden sind, und von denen die eine richtiger sein kann als die andere; das aber hindert nicht, daß wir die eigentlich juristische Existenz des Eigenthums doch erst von der positiven Rechtssatzung an datiren, und von da uns

1. also den Anfangspunkt unserer dogmatisch-wissenschaftlichen Untersuchung zu entnehmen haben.

Ich würde diesen Einwand nicht für richtig halten. Richtig darin ist nur, daß die juristische Existenz des Eigenthums erst von der positiven Rechtssatzung an datirt und also auch ein Eigenthumsrecht nur soweit existirt, als das positive Recht ihm Raum und Bedeutung giebt. Aber die Lebensverhältnisse werden nicht erst durch das Recht geschaffen, sondern, indem sie auf anderen factischen Gründen ruhen, nur gestaltet. Es giebt eine Natur oder Physis des Privateigenthums unabhängig vom Recht; das Recht kann diese Physis zurückdrängen beschränken, aber damit bleibt die Physis des Eigenthumsverhältnisses an sich unverändert. Mit dieser Physis sind gewisse Principien gegeben, deren factischen Gehalt wir zunächst vollständig erkennen müssen, um einen richtigen festen Standpunkt der mannigfach wechselnden positiven Rechtsatzung gegenüber zu gewinnen. Das factische Lebensverhältniß des Eigenthums will erst rein aus sich selbst erkannt sein. Der Richter hat dann freilich im einzelnen Land nur anzuwenden, was das Recht von diesem Lebensverhältniß als Rechtsverhältniß anerkennt, aber wir werden doch dies Recht selbst nie richtig verstehen können, wenn wir dem Rechtswillen nicht zuvor den factischen Körper gegenüberstellen, den der Rechtswille nicht gemacht, sondern nur mit seinen Satzungen bekleidet hat[1]). Diese Physis eines Rechtsverhältnisses ist aber etwas vollständig von seiner Idee Verschiedenes. Haben wir dort die thatsächliche Grundlage, also das reine Lebensverhältniß vor uns, das sich zu einem wahren dem menschlichen Zusammenleben eingewachsenen Organismus gestalten kann, auf dem sich dann das Rechtsgebäude so oder so fixirt, so setzen wir, wenn wir nach der Idee eines Rechtsver-

1) S. diese Studien Erstes Heft S. 29. 30. 40.

hältnisses fragen, schon Beides voraus, sowohl das factische Element des Lebensverhältnisses (facti quaestio) als dann auch seine positive Gestaltung im einzelnen Volk (juris quaestio). Wir fragen dann: wie stellt sich dies einzelne Rechtsverhältniß zum Ganzen, wie erfüllt es seine Aufgabe, die ihm nach dem Entwicklungsgange der ganzen Menschheit und dieses einzelnen Volks geworden ist, auf welchen Wegen wird es das Ziel erreichen können, das sich nach den in ihm selbst gegebenen Elementen ihm stecken läßt?

Diese Frage nach der Idee ist die rechtsphilosophische Frage. Es ist gefährlich und Irrthümer mit sich führend, sie mit der Frage nach der Physis zu verwechseln und zu vermischen. Es liegt mir hier, wo ich die Physis des Eigenthums in ihrer Stellung zur positiven Satzung, insbesondere des Römischen Rechts, verfolge, völlig fern, mich auf die rechtsphilosophische Seite der Eigenthumslehre weiter einzulassen. Es kommt mir nur auf richtige Gränzscheidung an. Es wird für die Festhaltung der richtigen Gränze hier genügen, daß ich, auf eigene Charakterisirung des philosophischen Gebietes verzichtend, zweier anderer Männer gewichtige Worte mir aneigne.

Zunächst wieder Humboldt's Worte von der Sprache. Wie sich nach Humboldt in dem Sprachgebiete die naturhistorische Erscheinung von der intellectuell-teleologischen, und also auch in der Wissenschaft die physiologische Untersuchung von der historischen scheiden läßt (s. die zweite Beilage §. 1), so reiht sich ihm nun wieder an beide der philosophische Standpunkt, und nur die innige Durchdringung aller drei Richtungen bezeichnet er als das vollendete Ziel der Sprachwissenschaft (Haym S. 552. 553): ‚der höchste Gesichtspunkt für das Sprachstudium ist ein geschichtsphilosophischer. Dies Studium' „historisch wie es ist, reiht sich ein in die philosophische Geschichte des Menschengeschlechts überhaupt"; es hat „den Zusammenhang der Sprache

1. mit dem Culturzustande und der Geisteseigenthümlichkeit der einzelnen Nationen aufzusuchen"; „es hat die Sprachverschiedenheit nicht bloß als eine Verschiedenheit von Schällen, sondern als eine Verschiedenheit von Weltansichten", als „ein nothwendiges sonst durch Nichts zu ersetzendes Mittel zur Bearbeitung des Ideengebietes" anzusehen, als „ein Vehikel einer reicheren Mannigfaltigkeit und größeren Eigenthümlichkeit intellectueller Erzeugnisse, als Schöpferin einer auf gegenseitiges Gefühl der Individualität gegründeten und dadurch innigeren Verbindung des Menschengeschlechtes". Damit aber soll nicht gesagt sein, „daß sich die ganze Geschichte in absolut zwingendem Schema zu einem einzigen Zwecke und Ziele hinbewege. Alle Geschichte ist nur Verwirklichung einer Idee, und in der Idee liegt zugleich die Kraft und das Ziel, und so gelangt man, indem man sich bloß in die Betrachtung der schaffenden Kräfte vertieft, auf dem richtigeren Wege zu den Endursachen, welchen der Geist natürlich nachstrebt".

Und nun das Recht? Das Recht und jedes einzelne Rechtsverhältniß ist Theil eines größeren geistigen Ganzen, es kann also nicht bloß darauf ankommen zu erkennen wie und auf welchen factischen Grundlagen das Recht selbst entsteht; es bedarf auch der Frage, wie sich das Recht als Theil dieses größeren Ganzen stellt, in welchem Schritt es mit diesem größeren Ganzen sich fortentwickelt, welchen Standpunkt jeder einzelne Theil des Rechts, das Rechtsverhältniß, nach der in ihm ruhenden Einzelidee zum Ganzen einnimmt. „Den Begriff des Rechts, sagt Puchta[2]), wird die Jurisprudenz nur von der Philosophie überkommen können, denn der Begriff beruht auf dem Verhältniß zu den übrigen Gliedern des ganzen Organismus. Der Anfang ist nur dadurch zu bestimmen, daß man über

2) Curs. d. Inst. I. §. 32 S. 97.

ihn hinausgeht zu dem was vor ihm liegt, also zu einem Anderen, das nicht in dem Bereich der besonderen Wissenschaft eines Gegenstandes liegt. Das Recht als ein Glied des Ganzen hat auch in und mit diesem seine Geschichte. Diese Geschichte des Rechts in dem Ganzen des Menschengeistes ist daher für die Philosophie der andere Theil ihrer Aufgabe". I.

II. Es schien nöthig, diesen Hinblick auf die philosophische Seite des Rechtsstudiums hier vorauszuschicken, ehe ich zu der Frage herantrete, mit deren Beantwortung ich mich jetzt beschäftigen will. II.

Es wird heutzutage mit ganz besonderer Energie und von den besten Autoritäten betont, daß das Eigenthum (und überhaupt das Vermögensgebiet) vollständig und ganz allein in der positiven Satzung des Gewohnheits- und Gesetzesrechts der einzelnen Völker seinen erzeugenden Grund finde, und lediglich auf sie seiner ganzen genaueren Gestaltung nach zurückgeführt werden müsse. Die Aeußerungen Savigny's und Puchta's, als zweier Hauptvertreter dieser Ansicht, sind oben bereits angeführt worden [1]). Es wird nun, abgesehen von dem bisher gegebenen Nachweise daß wir zur wirklichen Erklärung des Eigenthums über die positive Rechtssatzung hinaus in das Gebiet der factischen Organismen menschlichen Zusammenlebens zurückgreifen müssen, nothwendig sein die Gründe zu prüfen, auf welche sich jene lediglich vom Boden der Rechtssatzung ausgehende Ansicht stützt. Wir werden das nicht besser thun können, als indem wir der Darstellung Eines und zwar eines bedeutenden Schriftstellers, nämlich Stahl's, uns anschließen. Stahl hat die zu dieser Auffassung hinführenden Gründe am umfassendsten entwickelt, so daß, indem wir seinen Aufstellungen folgen, wohl nicht leicht ein Grund unerörtert bleiben wird.

---

1) Erste Beilage §. VIII.

Vorher aber, ehe wir auf diese Gründe eingehen, muß noch erwähnt werden, weßhalb eigentlich die Gegner die unzweifelhafte Richtigkeit ihrer Anschauung, als einer mit den unumstößlichsten Fundamentalprincipien gesunder und wahrer Rechtswissenschaft untrennbar zusammenhängenden, so ganz besonders betonen. Warum soll denn, kann man fragen, vor dem Rechte durchaus nichts Anderes liegen, als die nicht zusammengesetzten Bausteine, also nichts als die physische Natureinrichtung, daß der Mensch von den Dingen leben muß, daß wir also zum Eigenthum ein physisches Ding und den der Dinge bedürftigen physischen Menschen (den s. g. Thatbestand des Eigenthums) voraussetzen, mithin in den Dingen „die äußere Bedingung des menschlichen Daseins" finden? (Stahl II. S. 2. 30—32. 77. 191. 198. 203. 294.) Warum sollen wir bloß sagen dürfen: „Gottes Weltordnung bezielt nicht bloß das sittliche Wollen der Menschen, sondern auch ihre natürliche Erhaltung und die Gewähr ihrer Persönlichkeit, sie fordert nicht bloß sondern sie gewährt und verbürgt ihm auch". Warum aber haben wir, als Antwort wie nun dieses Ziel der göttlichen Weltordnung realisirt wird, lediglich zu sagen: das Recht und ausschließlich die positive Rechtssatzung ist es, wodurch dies geschieht; „die Wirksamkeit des Rechts besteht darin, daß es im menschlichen Gemeinleben einerseits den göttlichen Geboten einen bestimmten Umfang unverbrüchlicher Geltung, andererseits den Menschen eine bestimmte Sphäre der Existenz und Macht festsetzt und verbürgt. So auf der einen Seite sanctionirt es das göttliche Gebot der reinen Ehe u. s. w., andererseits gewährt es den Menschen die Rechte des Lebens, des Eigenthums" (Stahl II. S. 200). Woher soll es kommen, daß dies Eigenthum nun wirklich als eine Institution, ein Organismus, oder eine reell und factisch existirende Einrichtung unter den Menschen sich nicht bilden könne, als nur durch

das Recht, nicht vor dem Recht? Warum besteht es nur „so wie es die Menschen zu bestimmter Zeit im bestimmten Lande festgesetzt haben, und weil sie es gerade so festgesetzt haben" (S. 218), warum muß man sagen, daß vor dem Rechte für das Eigenthum nicht schon „ein bestimmter Leib" besteht (S. 219), daß erst „durch das Recht den menschlichen Lebensverhältnissen ihre bestimmte Gestalt gegeben" wird (S. 279), daß das Recht (und zwar als Gewohnheitsrecht) „zugleich mit den Lebensverhältnissen selbst entsteht" (S. 242), also ein Organismus des Lebensverhältnisses vor dem Rechte nicht denkbar ist, daß das Recht positiv nicht bloß seiner Geltuug nach sondern auch „positiv seinem Inhalte nach" ist (S. 221—223), so daß es also seinen materiellen Stoff nicht aus etwas schon vor dem Rechte selbständig Existirenden entnehmen kann? Warum dürfen wir nur sagen: „der Mensch hat nach der Idee [also von Natur] nothwendig Rechte [Befugnisse] ebenso wie die Gemeinschaft eine rechtliche Ordnung, aber welche er hat, das bestimmt überall erst das positive Recht" (S. 288), und also speciell auf das Eigenthum angewandt: „das Eigenthum ist ein Gedanke und Gebot in Gottes Weltordnung. Ob aber langer Besitz Einrede und Erwerb begründe, ob der Uebergang durch Vertrag oder erst durch Uebertragung erfolge, ob der redliche Käufer unentgeltlich herausgeben müsse, ja ob die ganze Institution des Eigenthums nach der Weise des römischen Rechts oder aber des germanischen Rechts bestellt sei u. s. w. das ist freie menschliche Conception, die zwar von göttlichen Geboten bewegt und bestimmt, doch ihren Zusammenhang und Aufeinanderberechnung nur in ihr selbst hat" (S. 220)?

Diese ganze Anschauung, daß das gesammte Recht und insbesondere das Vermögensrecht, von dessen Grundbegriff, dem Eigenthum, wir hier sprechen, lediglich auf die positive Satzung der einzelnen Völker zurückgeführt werden müsse, ist die jetzt

II. allgemein adoptirte Auffassung der historischen Schule, welche diese gegenüber der früheren etwa zweihundert Jahre lang herrschenden naturrechtlichen Schule siegreich durchgeführt hat. Diese letztere, auf den subjectiv-rationalistischen Standpunkt sich stellend, faßte das Recht lediglich als Resultat der abstracten menschlichen Vernunft und des in dieser menschlichen Vernunft von vorn herein gegebenen weiteren Inhaltes. Sie mußte damit nothwendig zu einem über der willkürlichen positiven Gesetzgebung stehenden abstracten Rechte gelangen, welches als reines Ergebniß der menschlichen Vernunft damit unmittelbar schon den Charakter des vom Richter anwendbaren Rechts trage, und zwar ein in Wahrheit höheres, wenn auch vielleicht erst subsidiär hinter dem positiven Rechte zur Anwendung kommendes Recht sei; es mußte, wie Stahl treffend sagt (II. S. 231), „die Wissenschaft des Naturrechts postuliren, daß die Rechtsphilosophie auch als Jurisprudenz dienen soll". Man kann mit voller Gewißheit sagen, daß diese naturrechtliche Anschauung gegenwärtig wissenschaftlich todt ist, und daß sie es sei, ist das unvergängliche Verdienst der die Bedeutung der Rechtsquellen, Gewohnheitsrecht und Gesetz, genauer feststellenden historischen Schule. Hiedurch erst hat der Begriff des Rechts, als des Complexes der aus dem Volksbewußtsein sich entwickelnden, vom nationalen Geist getragenen und als wichtiges Besitzthum der einzelnen Völker über den vorbeifließenden Generationen stehenden Satzungen eine schärfere Fixirung erhalten; hiedurch erst ist es zur allgemeinen Anerkennung gebracht, daß es sich bei dem Rechte einer Nation (d. h. eines dem Individuum gleichartig organisch fortlebenden Wesens) nicht um beliebig in Codificationen construirbare und aus der reinen Vernunft durch das Medium des frei schaltenden Gesetzgebers unmittelbar leicht in's Leben einführbare Regeln handelt. Wenn auch von jenem subjectiv-rationalistischen Standpunkte, weil man die Conse-

quenzen bis in's Einzelne hinein bisher keineswegs allenthalben hin verfolgt hat, noch manche Ueberreste bestehen[2]), als allgemeiner Standpunkt ist er wissenschaftlich aufgegeben und als nicht lebensfähig bei Seite gelegt. Er war ein Irrthum, aber allerdings ein großartiger Irrthum, denn er hat fast zwei Jahrhunderte die Geister beherrscht. Er war ein falscher Weg, der nothwendig das Ziel verfehlen mußte, weil gleich der Ausgangspunkt unrichtig war.

So wird denn im directen Gegensatz zu den Irrthümern der naturrechtlichen Schule es von der historischen so scharf betont, daß aller Ausgangspunkt für die Rechtswissenschaft ganz allein die positive Rechtssatzung der Nationen sei. Aber es ist die Frage, ob wenn nun der Satz so gefaßt wird, man damit nicht ebenso einseitig wieder auf der anderen Seite zu weit gesprungen ist; ob, indem man der Charybdis des Naturrechts entgehen wollte, man damit nicht in die Scylla eines wissenschaftlich durchaus unhaltbaren Positivismus gerathen ist.

Es wird nämlich bei dieser stricten Zurückführung aller juristisch wichtigen Begriffe auf die positive Rechtssatzung doch schließlich lediglich darauf ankommen, ob man diesen Standpunkt wissenschaftlich beweisen kann, ob man alle im Rechtsgebiet hervortretenden Erscheinungen wirklich vollständig zu er-

2) Wenn Brinz Pand. I. S. 9 sagt: „mit Hülfe der historischen Schule ist der Gegensatz zwischen positivem und Naturrecht zu Gunsten des ersteren überwunden, wiewohl er noch mancherorts, mitunter da wo man ihn am wenigsten suchen mögte, fortspukt", so ist dem vollständig beizustimmen; nur freilich ist die Frage, ob Brinz dabei nicht vielleicht ganz andere Personen im Auge hat, als die, welche der Vorwurf wirklich trifft. — Zur Veranschaulichung der naturrechtlichen Anschauung habe ich die Auffassung des Grotius, als des Anfangspunktes des naturrechtlichen Standpunktes, über das Eigenthum und die verwandten Gebiete in der vierten Beilage zusammengestellt, da die heutzutage gangbaren Uebersichten keineswegs ein genaues Bild geben.

11. klären vermag, ob man seinen Standpunkt, ohne sich in innere Widersprüche zu verwickeln, durch alles Einzelne hindurchzuführen im Stande ist. Prüfen wir nun in besonderer Anwendung auf das Eigenthum die detaillirtere Ausführung dieses Standpunktes, so wie sie von Stahl entwickelt worden ist. Jedenfalls wird es für den Einsichtigen hier keiner Ausführung mehr bedürfen, daß wenn wir diesem Stahl'schen Standpunkt entgegentreten, wir dadurch auch nicht mit Einem Schritt in das naturrechtliche Lager zurückzukehren unternehmen. Der Ausgangspunkt der naturrechtlichen und der der historischen Schule verhalten sich direct entgegengesetzt. Die physiologischen Untersuchungen, zu denen die im Obigen dargelegten Entwicklungen gehören, stehen der naturrechtlichen und aller subjectiv-willkürlichen constructiven Auffassung ganz ebenso entschieden entgegen wie die historische Schule; der Auffassung der letzteren aber opponiren sie in der Weise, daß sie läugnen, man dürfe den Ausgangspunkt für die wissenschaftliche Erklärung des ganzen Rechtsgebietes da setzen, wo uns das Recht in seiner schon vollständig entwickelten Gestalt, als Gewohnheitsrecht oder Gesetz, entgegentritt. Sie behaupten, daß, wenn wir die wirklichen Principien oder Anfänge bis auf die ersten Keime zurückverfolgen wollen, wir viel tiefer hinuntergreifen müssen, daß neben dem historischen Studium des gewordenen Rechts noch außerdem das physiologische Studium der Organismen des Privatlebens, das Naturstudium oder die Erkenntniß der Physis der Lebensverhältnisse nöthig ist. Viele Anhänger der historischen Schule nehmen den Anfangspunkt ihrer Untersuchungen so, als wenn man eine Geschichte der Schöpfung lediglich von dem Entstehen der Pflanze oder des Thiers an datiren wollte; aber noch mehr, sie ignoriren nicht bloß das Frühere, sondern sie negiren es. Sie läugnen also auch die Bedeutung, welche dies Frühere und selbständig Gestaltete fortwährend behält, in-

dem es in den später hinzutretenden Formationen mit eigener II.
Kraft fortbesteht, und nach seinen eigenen mannigfachen Gesetzen und Principien auch mannigfache Wirkungen äußert. Die hier verfolgte physiologische Untersuchung der Lebensverhältnisse läugnet der historischen Schule nicht im Mindesten die Berechtigung ihres Standpunktes, aber sie kämpft gegen die Alleinberechtigung jenes Anfangspunkts der Untersuchung; sie steht, indem sie selbst der historischen Richtung angehört, jenen Anhängern der historischen Schule nur so lange gegenüber, als diese es als einen Hauptsatz ihres Glaubensbekenntnisses hinstellen, daß sie bis auf die allein denkbaren Ausgangspunkte der wissenschaftlichen Untersuchung zurückgegangen, und daß alles weitere Zurückgehen und tiefere Eindringen eitel und unfruchtbar sei.

III. Bei der Begründung des Eigenthums, wie sie von III.
Stahl dargelegt wird, müssen wir mit einem Punkte beginnen, den wir aber gleich wieder bei Seite legen werden. Es ist dies die Begründung des Eigenthums, die Stahl aus den beiden Principien „einerseits der objectiven Bestimmung (τέλος) der Lebensverhältnisse, wie sie in der Natureinrichtung (tiefer: in der freien göttlichen Weltöconomie) gegründet ist, und andererseits der ewigen Idee der Persönlichkeit, die auf der Basis jener ersteren den Rechtsinstituten zuletzt ihre Gestalt giebt" (II. S. 311) aufbaut. Stahl unterscheidet zunächst den Rechtsgrund des Eigenthums überhaupt von dem Rechtsgrund des bestimmten Eigenthums (eines jeden Menschen). Jenen, den Rechtsgrund des Eigenthums als Institution, setzt er in den „Beruf des Menschen zur Bethätigung seiner Persönlichkeit" (S. 356), oder in den Beruf des Menschen „daß er mittelst seines Schaltens über die Sache seine Lebensweise frei gestalte und darin seine Individualität manifestire" (S. 311. 366). Dieser Beruf wird dem Menschen von Gott. „Gott ist es

III. der jedem Menschen sein Theil bescheidet, seine besondere Fähigkeit und seinen besonderen Erwerb, und darauf gründet sich das bestimmte Eigenthum eines jeden Menschen" (S. 375). Im Genaueren geschieht diese Einrichtung der Eigenthumsinstitution theils unmittelbar durch Gottes Gebote, theils mittelbar durch Gottes Macht im Gewissen. „Wohl erhält Gott auch Seine Weltordnung im menschlichen Geschlechte selbst und unmittelbar durch Seine Gebote und Seine Macht im Gewissen mittelst der freien Erfüllung der Einzelnen. Ohne das müßte der Bau der sittlichen Welt zerfallen, könnten Sicherheit des Lebens, Eigenthum, geordnete Familie nicht bestehen", und damit diese göttliche Weltordnung „ununterbrochen gleichmäßig bestehe, so soll die menschliche Gemeinschaft die Ordnung des Rechts über alle Einzelnen aufrichten" (S. 192). Man hat deßhalb den Grund des Rechtsinstituts des Eigenthums nach Stahl unmittelbar auf die zehn Gebote zurückzuführen. „Alles was oben als Bestandtheil der Rechtsordnung aufgeführt wurde — Eigenthum, Obrigkeit, Strafe des Mords, des Incests, der Blasphemie — ist Aufrechthaltung oder Näherbestimmung unmittelbarer göttlicher Gebote: Du sollst nicht stehlen, sollst nicht tödten, sollst Vater und Mutter (alle Obrigkeit) ehren, sollst nicht ehebrechen, sollst nicht den Namen deines Gottes eitel nennen" (S. 201). „Das Recht beruht ebenso wie die Moral auf den zehn Geboten und lediglich auf ihnen" (S. 206). „Alle Gebote des Gewissens sind zugleich durch die Offenbarung bekräftigt und alle Rechtsinstitute beruhen daher ihren Grundgedanken nach zugleich auf Offenbarung, eben den zehn Geboten: Du sollst nicht tödten, nicht stehlen, nicht ehebrechen" (S. 228). Danach bestimmt denn auch Stahl den Begriff von Recht „im eigentlichen und materiellen Sinn" als das, was Ausfluß der göttlichen Ordnung ist, im Gegensatz zu dem bloßen „Recht im formellen Sinn" d. h. Gesetzen, die bloß technisches

Mittel für die Sicherung der eigentlichen Rechtsordnung sind (Militärgesetze, Paßgesetze u. s. w.) (S. 201).

Es bedarf keiner weiteren Beweisführung, daß wir hier eine rein philosophische Begründung des Eigenthums vor uns haben. Ich gehe nicht genauer auf dieselbe ein, unterlasse es also auch zu prüfen, ob diese Darstellung der „Idee des Eigenthums" erschöpfend sei. Neben dieser auf die Idee gerichteten (philosophischen) Untersuchung, die auch Stahl ganz richtig als den eigentlichen der Rechtsphilosophie angehörigen Gegenstand bezeichnet[1]), läßt sich nun aber Stahl auch auf die rein physiologische Frage ein, wie im Genaueren die Gründung des Eigenthums im Kreise der Menschen wirklich thatsächlich vollzogen wird. Damit haben wir es hier lediglich zu thun. Es wird freilich diese Frage gegenwärtig meist dem Gebiete der Rechtsphilosophie zugeschoben, aber es ist eben einer der Zwecke, die ich verfolge, anschaulich zu machen, daß die Principien, um die es sich hier handelt, mit den daraus zu ziehenden Consequenzen ganz der dogmatischen Rechtsuntersuchung angehören, und mit allem Recht ihren Platz in den Pandekten-Handbüchern und Pandekten-Monographieen in Anspruch nehmen können.

Diese thatsächliche Gründung des Eigenthumsverhältnisses geschieht nun nach Stahl auf der Basis der rein factischen Voraussetzungen (die wir oben als den Thatbestand bezeichneten) in einer Weise, daß darin jene nicht weiter von uns zu erörternde „Idee des Eigenthums" sogleich zur Erscheinung kommt. „Wie nun das Recht eine auf Natureinrichtung gegründete ethische Ordnung ist, so hat jedes Rechtsinstitut eine natürliche Basis,

1) Vergl. auch z. B. seine Ausdrücke in Betreff des Besitzes II. S. 400. 402, sowie überhaupt die allgemeine Darstellung des Begriffs von „Idee oder Bestimmung der Lebensverhältnisse" als Gegenstand der Rechtsphilosophie I. S. 282 ff. II. S. 203 ff.

III. so z. B. das Eigenthum gründet sich auf Besitz[2]), die Ehe auf Begattung, der Staat auf Einigung der Volkskräfte u. s. w., und es ist schon in dieser factischen Basis die weltöconomische Idee desselben vorhanden und wirksam als regelloser Trieb, die zur Dauer und klaren Gestalt erhoben es als ethische bez. rechtliche Norm beherrscht, so z. B. im Besitze schon die Idee der individuellen Befriedigung durch Sachen, in der Begattung die Idee der Einigung der Geschlechter u. s. w." (II. S. 204).

Auf Grundlage also dieser factischen Basis vollzieht sich der Eintritt der Idee des Eigenthums in die Wirklichkeit nach Stahl, ganz in Folge seiner oben angegebenen allgemeinen Grundsätze (s. §. II), lediglich durch Rechtssatzung: „die Rechtsidee des Eigenthums ist so ursprünglich als die des Vertrags oder des Staates selbst, und die Geltung des Eigenthums setzt daher keineswegs erst einen Vertrag darüber oder den Staat voraus. Etwas Anderes aber als Vertrag oder Staat ist eine Gemeinschaft des Rechtsbewußtseins und der Beobachtung" [also Gewohnheitsrecht]. „Diese ist allerdings Vorbedingung für Realisirung des Eigenthums; denn ohne sie würde die Rechtsidee des Eigenthums der Bestimmtheit ermangeln, die zur Realisirung nothwendig ist, z. B. wie es erworben werde, ob durch Occupation oder erst durch Usucapion? und wie es verloren werde? u. s. w. Aber das gilt nicht minder auch für jedes andere Rechtsinstitut, namentlich Vertrag und Staat selbst. Die Controverse, ob das Eigenthum von selbst binde oder erst in Folge der Uebereinkunft, erledigt sich also durch die Hinweisung darauf, daß gar keine Rechtsidee (vernünftiges Recht) von selbst gilt, sondern jede erst positiv werden muß" (II. S. 361 f. auch S. 390).

IV. IV. Das Eigenthum entsteht also nach Stahl durch Ge-

2) Ganz so wie Savigny. s. die erste Beilage §. VIII.

wohnheitsrecht, indem zunächst sich feststellen muß, daß in diesem Lande z. B. durch Occupation Eigenthum erworben werden kann, und nachdem sich dies festgestellt hat, der Einzelne die einzelne Sache in Besitz nimmt. Also dies Gewohnheitsrecht muß zunächst durch längere Uebung („Beobachtung") entstanden sein, die ersten Handlungen, ehe sich das Gewohnheitsrecht gebildet hat, können daher noch kein Eigenthum enthalten haben, sondern sind nach Stahl lediglich als Begründung des Besitzverhältnisses zu denken. Welches sind nun diese ersten Handlungen? „Das Eigenthum geht uranfänglich theils von der Gemeinschaft theils von Erwerbacten des Einzelnen aus" (S. 388). Betrachten wir zunächst die letzteren. „Hinsichtlich des Grundeigenthums beruht nämlich der eine herrenlose Sache neu in's Eigenthum bringende Erwerb seiner Natur nach, da es ein Continuum und da es die Basis der Gemeinbefriedigung ist, in der Regel auf Zutheilung der Gemeinschaft. Hinsichtlich der beweglichen Habe dagegen, wo diese Rücksichten wegfallen, nach dem Principe der Freiheit, das für das Vermögen gilt, auf Selbstaneignung des Einzelnen. Diese besteht vor Allem in Erlangung der physischen Gewalt über die Sache, der Besitznahme (Occupation). Es entspricht der Natur des Eigenthums, als des Rechts der körperlichen Herrschaft über das Object, daß die selbstbewirkte physische Herrschaft die Begründung und der beginnende Moment desselben sei, daß mit dieser die Sache als an die rechtliche Sphäre der Person gefesselt gelte. Denn sie bewirkt thatsächlich den Zustand, der durch das Recht zum Charakter der Dauer erhoben eben Eigenthum ist" (S. 389)[1].

Dies ist nun aber noch eine rein naturrechtliche Erklärung (vergl. §. 11. Note 2). Das allgemeine Princip der Freiheit,

---

1) Vgl. auch oben §. 7 u. §. 17 Note 3.

IV. welches Stahl postulirt, ist es, aus dem er als Folgerung ableitet, daß Jeder zugreifen kann. Es soll „in der Natur" des Eigenthums liegen, daß das äußere Fassen der Sache, also nicht das Erarbeiten derselben sondern lediglich das Ergreifen, das Eigenthum begründet. Nichtsdestoweniger soll aber, damit durch das Ergreifen Jemand das Eigenthum erwerbe, immer erst die „positive Festsetzung" nöthig, also der Rechtssatz schon da sein, daß man durch Occupation Eigenthum erwerben könne. Also jenes allgemeine nach der „Natur des Eigenthums" postulirte Princip ist ein durchaus unwesentliches Beiwerk, der Grund des Eigenthums ist doch nur das Bestehen der positiven Rechtssatzung, und wenn das einzelne Volk den Rechtssatz bildet, daß das Eigenthum an beweglichen Sachen nicht durch Occupation als entstanden gelten soll, so tritt dann eben der Fall ein, daß jenes allgemeine „Princip der Freiheit", jene „Natur des Eigenthums" keine Bedeutung hat. Der Rechtssatz schafft nach Stahl das Eigenthum, da nun aber die bisher schon vorausgesetzten Besitzzustände nicht einfach in Eigenthum übergehen, da ja im positiven Recht der Besitzesbegriff neben dem des Eigenthums bestehen bleibt, so ist eine Erklärung, wie sich der Eigenthumsbegriff wirklich bildet, gar nicht geliefert. Eine Nachweisung, wie die Menschheit darauf kommt, diesen Begriff als einen vom Besitz innerlich verschiedenen zu bilden, wie sich nicht bloß ein Begriff sondern ein reell thatsächliches Verhältniß der Art gestaltet, wie es sich erklärt, daß sich dies bei allen Völkern früher oder später (und zwar nicht durch Einführung von Außen herein sondern von Innen heraus) so entwickelt, eine derartige Nachweisung ist nicht gegeben, ist nicht einmal versucht worden. Es geht nach Stahl Alles lediglich auf die Alternative zurück: entweder es bildet sich in einem Volke die Ueberzeugung aus, wir müssen ein definitiv geschütztes Eigenthum haben, oder sie bildet sich nicht.

Die Bildung aber der Ueberzeugung stützt sich lediglich darauf: IV.
nach dem Princip der Freiheit ist es nöthig, daß wir den Eigenthumsbegriff im Gegensatz des bloßen Besitzes schaffen, und damit dem Einzelnen eine Permanenz des rechtlichen Schutzes gewähren. „Der Natur" dieses von uns geschaffenen Eigenthums ist es „entsprechend", daß der Einzelne dies Eigenthum (an beweglichen Sachen) mit der Besitzergreifung beginne. — Mir scheint nun aber hiemit in Betreff der wirklichen Entstehung des Eigenthums noch gar nichts nachgewiesen zu sein.

Gehen wir weiter. Das Eigenthum geht anderentheils „uranfänglich auch von der Gemeinschaft" aus, und dies ist der Fall beim Grund und Boden. „Die Occupation ist höchstens insofern als der Uranfang alles Eigenthums zu betrachten, als das Volk selbst, von welchem die Assignation des Grundeigenthums ausgeht, dasselbe occupirt hat" (S. 392). Das Wort Occupation ist hier wohl nicht als äußerliche Besitznahme zu verstehen, sondern im Sinne von Volks-Ansiedlung, indem Stahl an einem anderen Orte ganz richtig auseinandersetzt, daß die Occupation (Besitznahme eines Landes) genau von der definitiven Ansiedlung geschieden werden muß (S. 360). Es ist aber doch nicht empfehlenswerth und leicht Verwirrung herbeiführend, wenn man den Ausdruck „Grundsatz der Occupation" promiscue für den Begriff der definitiven Ansiedlung oder Erarbeitung (Aneignung im eigentlichen S.) sowie der bloß äußerlichen Besitzergreifung (Apprehension) verwendet. — Auf Grundlage nun der Volksansiedlung erklärt Stahl das Grundeigenthum des Einzelnen folgendermaßen: „das Eigenthum des Einzelnen hat seinen ersten Anfang vorherrschend in der Zutheilung der Gemeinschaft, indem der Erwerb des Bodens, dieses Grundstocks alles Besitzthums, in der Regel von ihr ausgeht. Die subjectiv-isolirende Naturrechtstheorie (selbst Hegel) ignorirt das, und baut alles Eigenthum auf das

IV. Fundament der Selbstaneignung des Einzelnen[2]), gegen die Geschichte wie gegen die Idee. — — Nach wahrer Lehre muß das Eigenthum im letzten Ursprung aus Autorität nicht Eigenmacht hergeleitet werden" (S. 393). „Der Anfang des Eigenthums innerhalb des Volks, da bereits einheitliche Ordnung besteht, ist nicht Besitznahme durch den Einzelnen sondern Zutheilung durch die Obrigkeit. Denn alles Eigenthum führt sich zuletzt zurück auf das Grundeigenthum. Die Stoffe des Genusses und der Bearbeitung sind Erzeugnisse des Bodens und die Weide des Viehs und die Jagd des Wildes setzen Eigenthum am Boden voraus" [bei den Nomaden, Fischer- und Jägervölkern?[3])]. „Das Grundeigenthum ist aber wohl fast bei allen Völkern ursprünglich ausgetheilt und nicht der zufälligen Besitznahme überlassen worden. — — Das entspricht dem Wesen des Eigenthums. In seinem ersten Ursprung soll es sich nicht auf Eigenmacht sondern auf Autorität gründen, nicht ein errungenes sondern empfangenes sein. Aber sofort muß seine Selbständigkeit beginnen; die erste Zutheilung ist unwiderruflich, und von ihrem Grunde aus wird ferner Eigenthum durch die eigene That und das eigene Schicksal eines Jeden erworben" (S. 360).

Bei dieser Auffassung ist zunächst hervorzuheben, daß die Entgegensetzung von „Autorität" und „Eigenmacht" keine scharfe ist. Wenn der „Uranfang" alles (?) Eigenthums die Occupation des Landes durch das Volk ist, so ist doch das schon in sich selbst „Eigenmacht", und wenn nun die eigenmächtig nehmende Gesammtheit wieder dem Einzelnen zutheilt, so sollte doch wohl einerseits das Nehmen des Volks (denken wir uns ein bisher unbewohntes Land) ebensosehr nach dem „Principe

2) Dieser Satz ist keineswegs richtig. s. in der vierten Beilage die Darstellung des Grotius §. IV. 3. b. Note 3.

3) Vergl. dagegen Roscher V. W. I. §. 83. Anm. 1.

der Freiheit" zulässig sein wie bei beweglichen Sachen, und andererseits kann denn doch die Zutheilung an den Einzelnen den auf Eigenmacht gestützten „Uranfang" des Grundeigenthums nicht mehr alteriren[4]). Dabei ist denn aber völlig unerklärlich, warum das gebende Volk das Gegebene nicht auch wieder soll durch gesetzliche Bestimmung zurücknehmen und anders vertheilen können; woher es kommen soll, daß die erste Zutheilung eine unwiderrufliche sein muß. Ein Beweis hiefür ist gar nicht versucht worden, und wird sich auch nicht führen lassen. — In Betreff nun aber dieser ganzen Zurückführung des Eigenthums auf Autorität scheint mir von Stahl zweierlei verwechselt zu sein, die rechtsphilosophische Begründung des Eigenthums, von der oben gesprochen worden ist, und die physiologische, nach der wir hier fragen. In jener rechtsphilosophischen Begründung ist die Zurückführung des Eigenthums auf Autorität ein durchaus wesentliches, wenngleich keineswegs Alles erschöpfendes Moment. Aber dabei bleibt die Frage, wie nun unter den Menschen das Eigenthum sich thatsächlich organisirt, noch eine völlig offene, und wenn man sagt, daß die Menschheit zunächst die Güter der Erde als von Gott „zugetheilte" als „empfangene" zu betrachten hat, so ist es nicht im mindesten eine nothwendige Consequenz, daß nun auch die Obrigkeit dem Einzelnen das Grundeigenthum auf Erden zutheilen müsse, und es ist, wollten wir auch die Nothwendigkeit der Zutheilung durch die Gemeinschaft zugeben, noch nicht die mindeste Nothwendigkeit nachgewiesen, daß nun auch die Zutheilung definitiv an den E i n z e l n e n geschehen müsse, daß nicht die Gesammtheit auch den Communismus einführen könnte. Stahl fühlt dies auch an einer anderen Stelle selbst, und ver-

4) Grundeigenthum wird dadurch kein anderer Begriff, daß das sich ansiedelnde Subject ein Einzelmensch oder zunächst das ideelle Subject der einheitlich agirenden Volksgesammtheit ist.

IV. wendet da das Princip der Autorität richtig nur so, daß damit lediglich die Stellung der Eigenthum habenden Menschheit Gott gegenüber bezeichnet sein kann, und er widerlegt von da aus den Communismus, dem er eben die Möglichkeit zugiebt, daß durch Gesetz auch die „Zutheilung nach Gleichheit" von der Gesammtheit decretirt werden könnte. Er sagt, der wirkliche Beweggrund des Communismus sei das Widerstreben gegen die Bescheidung Gottes. „Man will selbst nicht von Gottes Fügung empfangen und will nicht anerkennen, was der Nächste durch Gottes Fügung empfangen. Die Natur erscheint als ein Vorrath von Gütern, die nicht Gott zum Herrn haben, der sie zutheilt, sondern bloß den Menschen, und über die darum durchaus ein Mensch gerade so Herr ist wie der andere" [Princip der Freiheit?], „und die nur die Gesammtheit der Menschen, die Gesellschaft, und nach Gleichheit zutheilen kann" (S. 374. 375).

Legen wir also die Zurückführung der Zutheilung der Grundstücke auf das höhere rechtsphilosophische Princip der Autorität hier bei Seite, da wir sehen, daß diese Zutheilung durch die Gesammtheit doch auch allenfalls auf eine Stahl sehr mißfällige Weise geschehen könnte, und wir außerdem jedenfalls dadurch keine Erklärung erhalten, weßhalb das zugetheilte Privateigenthum nun auf einmal eine unwiderruflich für die Menschheit bestehende Institution sein soll. Betrachten wir vielmehr nur, wie Stahl die thatsächlich in den Völkern vorkommende Zutheilung durch die Gesammtheit auffaßt, und welche Bedeutung er ihr für die Schaffung und Gestaltung des Eigenthums beilegt.

V. V. Die Zutheilung des Grundeigenthums durch die Gesammtheit wird von Stahl nicht als ein ganz allgemeines Ereigniß bei allen Völkern hingestellt. Er sagt nur daß sie „vorherrschend", „in der Regel", „fast bei allen Völkern" erfolge. Die

Beispiele aber, auf die er sich beruft bei den Juden, den Griechen, den Römern, sind aus schon relativ späten Perioden der Menschheitsentwicklung in ganz historischer Zeit, für die es keinen Zweifel hat, daß diese Völker das Grundeigenthum nicht erst geschaffen, sondern daß sie in diesen Ländern die Institution des Grundeigenthums immer schon vorgefunden haben. Die ursprüngliche Schöpfung des Grundeigenthums ist aber gar nicht in dieser Weise denkbar. Die Entwicklung des Privatgrundeigenthums ist ein Aufsteigen der Menschheit zu höherer Culturstufe, das aber kann wie alles Derartige nur allmälig eindringen und sich fixiren. In einem Nomadenvolke hat der einzelne fundus noch gar keinen individualisirten Werth; man kennt noch gar nicht die Kräfte desselben, mit denen er dem seßhaft ihn Cultivirenden lohnt; er existirt als eigenes Ding für die Menschheit noch gar nicht. Der Einzelne, der nun zuerst darauf kommt, ein Stück Land, groß genug für seine Bebauungskräfte[1]), einzufriedigen, mit einer Wohnung zu bebauen, zu beackern und mit Vieh zu bewirthschaften, macht eine E r f i n d u n g, wie heutzutage der Entdecker der Eisenbahn. Das macht Einer oder Eine Familie oder Einige erst auf eigene Hand, es geht v o n d e n I n d i v i d u e n a u s. Zu einer Erfindung gehört, daß sie sich dauernd bewährt, und zu Anfang tritt sie auch erst in unvollkommener Gestalt auf. Also der Anfang des Grundeigenthums ist so zu denken, daß Einer oder Einige aus dem Nomaden- oder Fischer- oder Jägervolk sich zunächst seßhaft machen, und eine Art von Arbeit beginnen, die man bis dahin gar nicht gekannt hatte. Sie entdecken in Wahrheit den fundus erst als einzelnes selbständiges Ding. Bewährt sich nun die Sache, so machen es Andere nach, es bildet sich eine

1) Das bloß äußerliche Besitzergreifen hat an sich gar keine durch die Person und ihre A r b e i t s k r a f t gegebene Gränze, wohl aber die wirkliche Ansiedlung. Vgl. die erste Beil. §. IV Note 5.

v. ganze Niederlassung, der Selbstschutz gegen Gefahren nach außen und von innen fehlt auch von Anfang an nicht, und allmälig macht sich durch die ackerbauende Arbeit ein ganzes Volk seßhaft. Das Volk hat dann die Organisation des Grundeigenthums durch die Masse der Einzelnen, durch die Thatkraft des Aggregates der Einzelnen in sich producirt, es hat damit eine wichtige Stufe in der Entwicklung der nationellen Geisteskraft erstiegen [2]). Nun nachdem der Eigenthumsorganismus, der Leib, die Physis, das Lebensverhältniß in Betreff des Grund und Bodens schon da ist, beginnt sich in der oben genauer entwickelten Weise die Fixirung des Rechtes durch die Activität des Willens der einzelnen Volksgesammtheiten daran anzusetzen. Stahl's Ansicht über die Bildung des Grundeigenthums durch die Gesammtvertheilung nachdem die „Vorbedingung" der gewohnheitsrechtlichen Feststellung des Eigenthums-Begriffs und

2) Die Entwicklung des Grundeigenthums, die Ansiedlung, das Seßhaftwerden der Familien ist ein wichtiges Stück in dem großen Gange der Erzeugung und Ausbildung der menschlichen Geisteskraft. Sie ist das Product einer schon gesteigerten geistigen Entwicklung und sie hebt wiederum die Menschen auf eine ganz neue geistige Stufe. Wir können sie im Sprachgebiete der Bildung der Schrift als eines der Grundelemente menschlicher Cultur vergleichen, sie ist ein Stück der Geistesentwicklung von der Humboldt (Kawi p. xvii) sagt: „Die Vertheilung des Menschengeschlechts in Völker und Völkerstämme und die Verschiedenheit seiner Sprachen und Mundarten hängen zwar unmittelbar mit einander zusammen, stehen aber auch in Verbindung und unter Abhängigkeit einer dritten höheren Erscheinung, der Erzeugung menschlicher Geisteskraft in immer neuer und oft gesteigerter Gestaltung. Sie finden darin ihre Würdigung, aber auch, soweit die Forschung in sie einzudringen und ihren Zusammenhang zu erfassen vermag, ihre Erklärung. Diese im Lauf der Jahrtausende und in dem Umfange des Erdkreises dem Grade und der Art nach verschiedenartige Offenbarwerdung der menschlichen Geisteskraft ist das höchste Ziel aller geistigen Bewegung, die letzte Idee, welche die Weltgeschichte klar aus sich hervorgehen zu lassen streben muß".

-Erwerbs schon vorliegt, ist ganz dasselbe als wenn wir uns heutzutage etwaige besondere Rechtsgrundsätze über Eisenbahnen so entwickelt denken, daß sich zunächst gewohnheitsrechtlich diese Rechtssätze im Volksbewußtsein feststellen (vielleicht nachdem Jemand vorgeschlagen, es ließen sich in der und der Weise Eisenbahnen bauen), und daß dann auf Grundlage der feststehenden Rechtssätze der Bau der einzelnen Eisenbahnen von Staatswegen den einzelnen Gesellschaften zugetheilt würde.

Es kommt aber in Betreff des ursprünglichen Grundeigenthums noch eine andere Schwierigkeit hinzu, die in Betreff dieses eben hier parallelisirten heutigen Eisenbahnverhältnisses fehlen würde. Stahl sagt (gleich nachdem er gerade vom Grundeigenthum in der eben angegebenen Weise gesprochen, und noch besonders hinzugefügt hat, daß alles Eigenthum sich zuletzt auf das Grundeigenthum zurückführe), daß „die Geltung des Eigenthums keineswegs den Staat voraussetzt". Ich gestehe, daß mir dies nicht verständlich ist. Der Anfang des Eigenthums im Volk, da bereits einheitliche Ordnung besteht, soll so gestaltet sein, daß es sich in seinem ersten Ursprung nicht auf Eigenmacht sondern auf Autorität gründet, und das soll gerade das „Wesen des Eigenthums" sein oder wenigstens diesem Wesen entsprechen. Also das Bestehen des Eigenthums soll eine „zutheilende Obrigkeit" voraussetzen, Obrigkeit aber ist nicht ohne Staat denkbar; „die Geltung des Eigenthums aber soll keinen Staat voraussetzen" sondern „als Vorbedingung für die Realisirung nur eine Gemeinschaft des Rechtsbewußtseins und der Beobachtung".

Doch wie es sich nun auch hiemit verhalten mag, so stellt Stahl, wie schon im Anfange des §. bemerkt wurde, diese „im Wesen des Eigenthums" liegende Begründung auf Zutheilung durch die Obrigkeit jedenfalls nicht als ganz ausnahmslose hin. Unter den Gesichtspunkt des Grundeigenthumsanfanges ohne obrigkeitliche Zutheilung stellt er das erste noch vor den Völkern

v. in der Menschheit bestehende Eigenthum. Die wenigen darüber gegebenen Bemerkungen sind aber nicht der Art, daß man ihnen beistimmen kann. Stahl sagt (S. 359): „der Beruf des Menschen zum Eigenthum erfordert eine erste Theilung in die Güter der Erde, die Allen offen liegen. Sie sollte überall ordnungsmäßig erfolgen. So in der ersten Gesellschaft durch Zutheilung des Stammvaters" [dann hat es ja aber der Stammvater schon gehabt] „oder durch eigene Besitznahme in gegenseitigem Einverständniß, wie Abraham zu Lot sagt: willst Du zur Linken so will ich zur Rechten; oder willst Du zur Rechten so will ich zur Linken". — Ueber die Zutheilung des Stammvaters habe ich nichts weiter zu bemerken, sie ist ein secundärer Act, welcher die Herrschaft des Stammvaters schon voraussetzt, also den Anfang des Eigenthums nicht erklärt. Dagegen die Privatbesitznahme in gegenseitigem Einverständniß muß ich als Erklärungsgrund des Grundeigenthums ganz in Abrede stellen. Das Nehmen nach gegenseitiger Verabredung (also die Theilung) kann das Eigenthum nie verständlich machen, es wäre ein Geben durch die Uebrigen, die es selbst nicht haben. Das in Besitz Nehmen als solches kann nie mehr als Besitz begründen; wie daraus durch Hinzutreten der Einwilligung Anderer, denen die Sache auch noch nicht gehört, das Eigenthumsverhältniß entstanden sei, ist gar nicht denkbar, wenn wir nun namentlich noch hinzunehmen, daß Eigenthum erst bestehen soll, nachdem durch Gewohnheitsrecht im Volk sich festgestellt hat, auf welche Weise Eigenthum erworben werde. Und doch scheint hier Stahl bei dieser „ersten Theilung in die Güter der Erde" als Resultat derselben etwas mehr als bloßes Besitzverhältniß anzunehmen geneigt. Es ist aber überhaupt die ganze Anschauung zu verwerfen, als wenn es sich bei der Organisation des Eigenthums um eine Theilung in die lockend und fertig vor den Theilenden liegenden Güter handle. Wenn ich auf einer einsamen Insel ohne Geräth dem Grund und Boden gegenüberstehe, so daß ich

ihn nicht bebauen und in keiner Weise bewirhschaften kann, so ist der Boden für mich gar kein Gut. Die anfangende Menschheit aber stand noch ganz anders. Sie wußte es noch gar nicht, daß der Grund und Boden durch Ansiedlung und Bebauung dem Menschen dankbar werde. Die anfangende Menschheit hat auf dem Grund und Boden gestanden, wie jetzt der Wilde in dem Urwalde, den er nicht zu lichten versteht, oder wie der Europäer auf einem Eisfelde des Polarmeers. Der Boden trägt ihn, aber der Boden ist kein irdisches Gut, welches unter sich zu theilen den Einzelnen einfallen könnte. Es bedarf zur Erklärung des Grundeigenthums eines ganz anderen Begriffs, das ist, wie ich es vorher ausdrückte, die Entdeckung des fundus als specialisirten Sachindividuums, als dankbaren Gegenstandes der menschlichen Arbeit, und die zu dem Zweck hergestellte Ansiedlung nicht bloß Besitznahme. In dem Grundeigenthum steckt unauslöschlich dieses Element der Arbeit, sie ist das Band, wodurch das Subject die Substanz des Objectes definitiv an sich geknüpft hat, der Grund des Eigenthumsverhältnisses. Haben wir aber erst erkannt, daß dieser Begriff, zur That geworden, d. h. als ausgeführtes realisirtes Verhältniß, der Keim ist, aus dem das Grundeigenthum als organisirte Institution in der Menschheit erwächst, so sehen wir denn auch zugleich, daß es sich dabei um eine „Theilung der Güter" gar nicht handelt, und daß bei der Ansiedlung des Einzelnen das „gegenseitige Einverständniß" ein wesentlich zurücktretendes Moment ist; denn das Resultat der Ansiedlungen als Keims des Grundeigenthums ist ganz dasselbe, auch wenn wir uns denken, daß die ersten einzelnen Ansiedler in fortwährendem Kampfe gegen die Anderen ihre Ansiedlung aufrechthalten [3]).

---

3) Das „gegenseitige Einverständniß" ist lediglich auf den in der ersten Beilage §. III entwickelten Begriff „des Verstehens" zurückzuführen.

v. An diesen Begriff der Privatansiedlung im Gegensatz der Besitzergreifung ist Stahl einmal (S. 390 Note *) nahe herangetreten, ohne ihn aber in seiner eigentlichen Bedeutung zu erkennen. Er verwendet ihn vielmehr in ganz unzulässiger Weise zur Erklärung der alten usucapio bei res mancipi, was weiter zu verfolgen hier nicht der Ort ist. Wenn aber Stahl dabei hervorhebt, daß sich überhaupt aus Rechtsideen (Vernunftrecht) keine Rechtsentscheidung ableiten lasse, indem nicht aus der Besitzergreifung einer herrenlosen Sache die römische rei vindicatio nach einem Vernunftgebote unabweislich folge, so ist das vollkommen, indeß auch für die Ansiedlung, richtig; denn wenngleich die Ansiedlung die Basis des Eigenthums**verhältnisses** am Grund und Boden ist, so sind doch Eigenthumsrecht und Eigenthums**rechtsschutz** nicht eher vorhanden, ehe sich nicht wirklich Recht auf Grundlage des Eigenthumsverhältnisses gebildet hat.

vi. VI. Nachdem Stahl zunächst den Uranfang des Eigenthums in der dargelegten, aber, wie ich nachgewiesen zu haben glaube, unhaltbaren Weise aufgestellt hat, gelangt er sodann auf den Begriff der Arbeit und dessen Beziehungen zum Eigenthum. Daß die Arbeit für die Erklärung des **Rechts**instituts des Eigenthums von Wichtigkeit sei, ist ja schon seit lange, insbesondere seit Locke beobachtet worden (s. die erste Beilage §. III. Note 6), es fragt sich nur eben im Genaueren, in welcher Weise dieser Satz in der Rechtswissenschaft durchführbar ist.

Stahl giebt nun der Arbeit folgende Stellung zum Eigenthum. Den Uranfang bildet in der besprochenen Weise die Ergreifung oder die Theilung (S. 355). Dies nun aber ist nicht der alleinige Factor des Eigenthums: „das Eigenthum hat zu seinem Factor nicht bloß die Natur und ihre vorräthigen Gegenstände, die man allenfalls bis zu gewissem Grade in

gleichheitlicher Vertheilung erhalten könnte, es hat noch zwei andere Factoren, die That und Arbeit des Menschen und den Segen Gottes. — — Der Rechtsgrund des bestimmten Eigenthums eines jeden Menschen liegt in dem Dreifachen: der ursprünglichen Ueberkommniß durch den ganzen Erbgang der Geschlechter bis zur ersten Theilung hinauf, der eigenen That des Menschen (Arbeit, Ersparniß oder das Gegentheil), und der Bescheidung Gottes. Und darf keinem dieser drei Momente Anerkennung und rechtliche Folge versagt sein" (S. 356). — Das letzte Moment, die Bescheidung Gottes, haben wir nun wiederum hier auszuscheiden, es gehört lediglich in die philosophische Begründung und Erklärung des Eigenthums. Die Arbeit dagegen hat auch eine rein physiologische Bedeutung für das Eigenthum. Schon aus der unmittelbaren Zusammenstellung der Arbeit mit der Bescheidung Gottes sieht man aber, daß Stahl Beides, die philosophische und die physiologische Frage, nicht gehörig scheidet.

Das zeigt sich denn auch weiter in der Art, wie er sich einerseits der neueren naturrechtlichen und andererseits der Locke'schen Eigenthumsbegründung gegenüberstellt. Die neuere naturrechtliche Auffassung findet den Grund des Eigenthums lediglich im factisch realisirten Willen des Einzelmenschen, trifft aber damit durchaus nicht den tieferen philosophischen Grund des Eigenthums, und läßt dabei die physiologische Frage von der Entwicklung der Eigenthumsinstitution und von der Bedeutung, welche hier der Besitzergreifung und andererseits der Arbeit zukommt, ganz unerwähnt. Locke dagegen stützt das Eigenthum lediglich auf den Satz, daß der Mensch der Sachen bedarf und durch Arbeit sie sich brauchbar macht. Also nach Locke ist rein das Arbeiten des Individuums als Eigenthum aufgefaßt, es ist ein physiologisch an und für sich richtiges und wichtiges Moment ganz einseitig und damit unrichtig als der

VI. ganze Grund des Eigenthums hingestellt. Das Eigenthum ist bei Locke eben auch nur naturrechtlich ein von vorn herein postulirtes Recht des Individuums, eine Consequenz einer abstracten Vernunftcategorie. Das was in Wahrheit das Eigenthum ist, die auf Grundlage der Organisation der Arbeit unter den Menschen sich feststellende Einrichtung des Subjectivirens der Dinge ist ihm ganz unbekannt. — Die Art nun, wie Stahl gegen Kant und Hegel einerseits und Locke andererseits controvertirt, zeigt schon, daß er der Arbeit nicht den richtigen Platz anweist: „Hier (bei Locke) wird die höhere Bedeutung des Eigenthums, die Bethätigung der Persönlichkeit, völlig übersehen. Es ist jene Theorie (Kant's) über das Eigenthum die Consequenz des rationalistischen, diese des empirischen Standpunkts. Beide Deductionen bleiben die Antwort auf die Frage schuldig, was denn einem Menschen das Recht giebt, eine Sache für sich in Besitz zu nehmen oder für sich zu bearbeiten, vor den übrigen“ (S. 366. 367).

Stahl argumentirt hier also aus der philosophischen Grundidee des Eigenthums, er gebraucht in nicht empfehlenswerther Weise das Wort Recht im uneigentlichen Sinn als das „Recht auf das Eigenthumsrecht“, er hebt aber richtig hervor, daß zur philosophischen Begründung des Eigenthums noch Mehr und Höheres in Betracht kommt, als jene beiden Gesichtspunkte. Dabei aber bleibt es immer gefährlich, wenn man nicht genau den philosophischen und physiologischen Standpunkt auseinander hält, denn in Betreff des letzteren, in dessen Gebiet Stahl's Erörterungen ja ebenfalls eingreifen, ist es einleuchtend, daß hier die Umgestaltung der Sache durch Arbeit ein Moment von der größten Bedeutung ist, und daß andererseits auch die Occupation als ein wichtiger Punkt erscheint, dessen Bedeutung, in wie weit darin Arbeit enthalten ist, seine genauere Feststellung verlangt. Vom Standpunkte physiologi=

scher Untersuchung aus fordern also diese Momente sorgfältige Prüfung der ihnen inwohnenden Bedeutung, nicht zu dem Zwecke um nachzuweisen, was dem Menschen ein Recht auf Eigenthumsrecht giebt, oder um auf Grundlage eines „empirischen Standpunktes" irgend eine philosophische Eigenthumsbegründung aufzubauen, sondern rein zur Gewinnung des factischen Resultates, welche Arten der Arbeit in der Menschheit als treibende Kräfte für die Eigenthumsorganisation sich überhaupt gestaltet haben und noch fortwirken. Weder nach jener philosophischen noch nach dieser physiologischen Seite hin würde ich indeß als richtig zugeben können, was Stahl an anderem Orte (I. S. 522) sagt, daß „beide Beziehungen, Kant's und Locke's, zusammen die Wahrheit geben". — In die physiologische Untersuchung über die Bedeutung der Arbeit gehören nun aber gar nicht hinein Fragen, wie sie z. B. sich an den Locke'schen naturrechtlichen Standpunkt anknüpfen: ob der Mensch nur so viel Eigenthum haben dürfe als (ohne daß er die Sachen verderben läßt) sein eigenes Bedürfniß reicht; ob der Mensch nur Eigenthum an dem haben dürfe was er persönlich erarbeitet, also mit Läugnung des Erbrechts (St. Simon; s. Stahl II. S. 508); ob der Staat die Organisation der Arbeit nach den Vorschlägen der Socialisten und Communisten in die Hand nehmen soll. Alles das gehört in das Gebiet der rechtsphilosophischen Prüfung und hat Resultate de lege ferenda zum Ziel. Alles das legen wir hier bei Seite, wo wir lediglich die Bedeutung des thatsächlich Gegebenen untersuchen. VI.

VII. Nachdem wir so erst wieder unsere Frage genauer bestimmt haben, ist nun das, was wir in Betreff dieser Frage hier überhaupt verfolgen, in Kurzem zu erledigen. Die physiologische Bedeutung der Arbeit für das Eigenthum tritt bei Stahl nur schwankend und unbestimmt zu Tage, so wie es ja überhaupt als Resultat der ganzen Darstellung dieser VII.

VII. Schrift wohl einleuchten wird, daß es an einer selbständigen scharf abgegränzten physiologischen Untersuchung des Eigenthumsinstituts bisher gänzlich gefehlt hat, und daß die bewegende Kraft, welche die Arbeit als Triebkraft für das Eigenthum hat, so wie der Proceß, wie sich nun wirklich aus dieser Triebkraft heraus das Eigenthum gestaltet, in unserer juristischen Wissenschaft wesentlich ununtersucht geblieben sind. Es fehlt eben bisher unserer Rechtswissenschaft das Bewußtsein, daß hier (wie in vielen anderen gleichartigen Fragen) ein weitgreifendes Feld selbständiger Forschung vorhanden ist.

Stahl hebt zunächst, wie schon angegeben, in unbestimmter Weise die Arbeit als „Rechtsgrund des Eigenthums" in Verbindung mit zwei unter sich ganz disparaten Momenten hervor, nämlich mit der ersten Theilung, die ganz in die physiologische Untersuchung gehört, und mit der Bescheidung Gottes, welche lediglich der philosophischen Betrachtung zuzuweisen ist. Jedenfalls sehen wir daraus, daß auch in physiologischer Hinsicht Stahl die Arbeit nicht als primäre Grundlage des Eigenthums hinstellt. Er setzt das Eigenthum als durch die erste Theilung schon bestehend voraus, und faßt die Arbeit nur als Wirthschaft mit dem bestehenden Eigenthum, weßhalb er denn auch von vorn herein ersparende und verwirthschaftende Arbeit unterscheidet. Nicht recht paßt dazu, wenn er an anderem Orte sagt (S. 391): „die eigene Hervorbringung eines Gegenstandes ist nach ewigem Gesetz der eigentlichste und absoluteste Grund des Eigenthums". Wenn dies nun wirklich Stahl's Ansicht ist, dann müßte sich ja aber die ganze bisher dargelegte Auffassung Stahl's von der Entwicklung des Eigenthums in der Menschheit völlig umgestalten. Stahl giebt aber diesem Satze doch nur eine sehr enge Anwendung. Es ist nämlich eine verhältnißmäßig durchaus untergeordnete Frage, wie, nachdem der Organismus des Eigenthums in der Menschheit schon lange

besteht, und auch das Recht des Eigenthums längst genauer fixirt ist, — wie sich hier der Eigenthumserwerb stellen soll, wenn man aus einer theilweise oder ganz fremden beweglichen Sache eine unreducirbar neue gestaltet. Die Frage kann erklärlicher Weise erst in relativ später Zeit in der Wissenschaft und im practischen Leben aufgeworfen werden, es ist die bekannte Römische Frage von der specificatio im engeren Sinne. Stahl antwortet hier einfach, daß „die Verfertigung mit Recht als Hervorbringung einer neuen Sache gelten kann". Eine genauere Erklärung, was nun dieses „ewige Gesetz" sei, aus dem „mit Recht" die Specification folgt (also auch hier wieder ein „Recht auf das Eigenthumsrecht"), ist nicht gegeben, und offenbar ergiebt sich Stahl auch hier wieder einer naturrechtlichen Reminiscenz (vgl. §. 11 Note 2), indem er ein abstractes Princip hinstellt, wohl auch das „Princip der Freiheit", aus der dann irgend eine positive Rechtssatzung „mit Recht" als Consequenz folgen soll. Meiner Meinung nach sind aber solche naturrechtliche Ueberbleibsel von großem Schaden und mit Sorgfalt sämmtlich auszumerzen. Aus allgemeinen abstrahirten Principien der Vernunft oder aus einem abstracten s. g. Princip der Freiheit ist für die positive Rechtsgestaltung gar nichts zu entnehmen, und das wonach man in einem richtigen Gefühl als nach einem Etwas gesucht hat, welches als ein noch hinter der positiven Rechtssatzung Liegendes für die Rechtswissenschaft von Bedeutung sei, ist richtig verstanden etwas völlig Anderes.

Die richtige Bedeutung der Arbeit als naturaler Grundlage des Eigenthums klingt nun aber allerdings in einigen Aeußerungen Stahl's an, z. B. „die Arbeit liegt zwischen den Menschen und den Gütern und kann nur durch die Rückbeziehung auf die Person, das Eigenthum, in Bewegung gesetzt werden" (S. 157); ferner: „der Grundgedanke selbst, die Tren=

VII. nung von Naturgabe und menschlicher Arbeit ist unhaltbar. Diese beiden Factoren stehen in untrennbarem Zusammenhang. Alle Arbeit des Menschen hat die Gaben der Natur entweder zum Stoff oder zum Lohn. — Und daß die Gaben der Erde, abweichend von Sonne und Luft, der Vermittlung durch menschliche Arbeit bedürfen, um zum Unterhalt zu dienen, ist ein Beweis, daß sie zum Eigenthum bestimmt sind" (S. 374). Wie nun aber diese Bestimmung, durch menschliche Arbeit in's Eigenthum zu gelangen, wirklich in der Menschheit in's Werk gesetzt worden ist, diese Lehre wissenschaftlich aufzuklären, hat Stahl gar nicht einmal unternommen[1]).

---

1) Warnkönig (Rechts-Philosophie als Naturlehre des Rechts 1839) hat das Verdienst, in neuerer Zeit die Arbeit als Grund des Eigenthums wieder mehr betont zu haben: „daß Arbeit und Kunstfleiß die Quellen alles Reichthums sind und dem Eigenthum erst ihren wahren Werth geben, ist eine alte Wahrheit" (S. 331); „der Mensch gewinnt der Erde ihre Güter nur durch Arbeit ab. Die Industrie ist die Quelle alles Reichthums" (S. 339). — Aber Warnkönig verwendet den Arbeitsbegriff doch nur als philosophisches Princip für die Gesetzgebung, nicht als factischen Grund um daraus abgesehen von der Rechtssatzung das materielle Eigenthumsverhältniß zu erklären. Es kann nach ihm daraus daß Arbeit die Quelle alles Reichthums ist „die Fundamentalfrage über den ersten Rechtsgrund alles Eigenthums nicht gelöst werden". Vielmehr setzt W. für die Annahme des Eigenthums schon die „Mitglieder eines rechtlichen Vereins" voraus (S. 338); er stellt für diese das Postulat „daß Allen Wege offenstehen müssen auf eine gerechte Weise Eigenthümer zu werden" und danach muß denn „jede Gesetzgebung die Erwerbungsweise durch Arbeit vor allen gutheißen, muß also erlauben: 1) daß Jeder durch Arbeit gewinne, so viel er bedarf 2) und daß er behalte, was er über den Bedarf noch errang, also was er sich verdiente" (S. 339). — Hiernach ist denn auch für Warnkönig das Eigenthum, im Gegensatz des Besitzes, lediglich „das von Anderen zugestandene Recht ausschließlich über eine Sache zu verfügen" (S. 327).

Vierte Beilage.

Die Ansichten des Hugo Grotius über Eigenthum und die angränzenden Lehren.

Beil. 4. 1.

I. Gegenüber den sehr verschiedenen Gesichtspunkten, die in der vorstehenden Schrift in Betreff des Eigenthums zur Sprache gekommen sind, halte ich es für nicht ungeeignet, zum Schluß die Ansichten des Grotius über das Eigenthum, wie sie sich in dessen Werk de jure belli et pacis (1625) hie und da zerstreut finden, in einer eigenen Beilage zu einem Gesammtbilde zu vereinigen. Grotius hat eine so gewaltige Einwirkung auf die späteren Zeiten gehabt, daß dem genauer Nachsehenden auch noch in der Gegenwart die Ueberreste seiner Anschauungen aufstoßen. Es ist aber eben die Frage, ob diese Ueberreste, soweit sie Stücke der naturrechtlichen Theorie sind, nicht gänzlich aus Umgebungen gestrichen werden müssen, zu denen sie bei gänzlich verändertem wissenschaftlichen Grundstandpunkte gar nicht mehr passen wollen. —

Die Grundlage und den Ausgangspunkt bildet bei Grotius der Einzelmensch, das vereinzelte voraussetzungslos gedachte Individuum und dessen *voluntas*, sowie in Folge davon die *aequitas* unter den Individuen (daher das Ausgleichungs=

1. princip, das Maaßhalten, inde enim pendet justitia. II. 2 §. 14 Nr. 2), da das natürlich existirende Individuum, der s. g. Mensch im Naturzustande, dem anderen ganz gleich ist (servi natura quidem id est citra factum humanum aut primaevo naturae statu hominum nulli sunt. III. 7 §. 1).

1. Es giebt gewisses schon unmittelbar durch die Existenz der Individuen als humana societas gegebenes Naturrecht, Anderes stützt sich erst auf das factum hominis, auf den Einzelwillen I. 1 §. 10 Nr. 4. Dieser Wille muß im Rechtsgebiete nach der natura humanae societatis, II. 6 §. 1, nicht bloß ein animi actus, sondern stets ein geäußerter (signis quibusdam indicatus II. 4 §. 5) sein, quia nudis animi actibus efficientiam juris tribuere non fuerat congruum naturae humanae.

2. Stets aber steht das factum hominis unter dem allgemeinen Naturgesetz, indem einestheils bei allen menschlichen Einrichtungen die entgegenstehende necessitas den reinen Naturzustand wiederherstellt (in omnibus iis, quae humani sunt instituti excepta videtur necessitas summa, quae rem reducit ad merum jus naturae II. 6 §. 5; hinc primo sequitur, in gravissima necessitate reviviscere jus illud pristinum rebus utendi tanquam si communes mansissent II. 2 §. 6 Nr. 2), anderntheils aber die Menschheit das merum jus naturae, sobald es präceptiver (nicht bloß permissiver II. 3 §. 5) Natur ist, nicht ändern kann II. 2 §. 5; so gut wie auch ein einzelnes Volk das jus gentium im eigentlichen Sinn nicht ändern kann d. h. das Recht, welches gleichmäßig wie das jus naturae alle Völker anerkannt haben (quod placuit gentibus III. 6 §. 3, gentium consensus III. 6 §. 8), und welches also auch nicht ohne gegenseitige Uebereinkunft Aller geändert werden kann. Dahin gehört z. B. das Recht, daß durch Occupation ex hostibus Eigenthum entsteht III. 6 §. 2, oder daß die voluntas des

Einzelnen, welche sich in einem Vertrage binden wollte, gültig I.
ist, mag dieser Einzelne eine Privatperson sein oder ein Volk oder dessen König. Denn wenn ein solcher Vertrag nicht nach dem allgemein bindenden jus gentium gültig wäre, so wäre ja dann für die völkerrechtlichen Verträge gar kein Halt (sequitur enim inde inter reges et populos diversos pactorum vim esse nullam, praesertim iis in locis, ubi nulla certa forma foederum aut sponsionum reperta est II. 11 §. 1 Nr. 3).

3. Von diesem eigentlichen jus naturale und gentium ist genau zu scheiden das jus gentium improprie dictum, welches nur positiv bei einer Mehrzahl von Völkern eingeführtes Recht ist, aber ab uno populo aliis inconsultis mutari potuit (s. g. naturalia pro certo rerum statu II. 8 §. 5), wie z. B. die, nachdem bereits das Eigenthumsrecht bei den Völkern nach dem eigentlichen jus naturale und jus gentium besteht, in einem einzelnen Volk und so namentlich bei den Römern über die Occupation und andere sogenannte naturale Eigenthumserwerbarten eingeführten Rechtssätze II. 8 §. 1 u. II. 3 §. 5.

II. Der Wille der Individuen, factum hominis, macht II.
den Staat. Der Staat ist nämlich eine Gesellschaft von Menschen, consociatio. Proleg. 15. 16. Ebenso ist auch das Gesetz (zu dem im weiteren S. auch das Gewohnheitsrecht zu zählen ist III. 6 §. 22. 23) ein commune pactum populi II. 11 §. 1 Nr. 3. Es gilt als wirklicher Wille des Gesetzes der auf gewissen factischen Präsumtionen ruhende Wille nur, wenn diese Präsumtionen auch richtig sind, so gut wie auch der Einzelwille nur gilt, wenn er ohne Irrthum sich auf richtige praesumtio facti stützt II. 11 §. 6. Die consociatio des Staates nun, qua multi patresfamiliarum in unum populum ac civitatem coëunt, ist die perfectissima societas, welche maximum dat jus corpori in partes II. 5 §. 23, aus der ein Austritt in Schaaren nicht möglich ist, weil sonst die societas civilis subsistere non

II. possit, aus der aber auch die discessio singulorum nach der regula naturalis aequitatis nicht zulässig ist, wenn das Interesse der Gesammtheit dem widerspricht, eod. §. 24. In dieser Staatsgesellschaft bindet die Majorität die Einzelnen qui sunt in civitate. Es ist dies Binden der Majorität von vorn herein als die voluntas derer, die den Staat gründeten (in societatem coëuntium) anzusehen, damit überhaupt es zur Ausführung der Geschäfte kommen könne, und da es manifeste iniquum sein würde, wenn die pars major der Ansicht der Minorität folgen müßte.

III. III. Der Wille der Individuen, welcher der Grund des Staates ist, bildet ebenso

1. den Grund der Ehe. Diese ist die consociatio maxime naturalis II. 5 §. 8, und es dauert das Verhältniß so lange (also es ist nach der lex naturae eine Wiederverheirathung so lange unmöglich II. 5 §. 11), als der Ehegatte den Anderen nicht aus der Verbindung entlassen hat.

2. Auf der voluntas kann ferner auch ruhen die Sklaverei, die subjectio ex consensu (wonach es also keineswegs richtig ist, daß nicht nach jus naturale nämlich facto hominis die Sklaverei bestehen könne II. 5 §. 36). Solche Sklaverei stützt sich dann für die folgende Generation lediglich darauf, daß der Herr die proles servilis alimentirt hat. Daß die folgende Generation sich bloß nach der Mutter richten sollte, ist dem jus naturale ganz zuwider, indem wenn nur probabili ratione de patre constaret, der Vater so viel Theil an dem Kinde hat, wie die Mutter II. 5 §. 29, II. 8 §. 18. Solcher Sklaverei kann sich aber, wenn des Herrn saevitia zu übermäßig ist, der Sklave entziehen (servos illos, etiam qui ipsi se in servitutem dederunt, fuga consulere sibi posse probabilis sententia est II. 5 §. 29). Die Sklaverei kann allerdings aber auch auf anderen Gründen ruhen außer der voluntas, nämlich auf sub-

jectio ex delicto II. 5 §. 32, und auch noch weitergehend jure III.
gentium ohne Delict durch Gefangennehmung bello solenni, wo denn auch auf die Nachkommenschaft in perpetuum die Sklaverei sich vererbt. III. 7 §. 1. 2.

IV. Die voluntas der Individuen macht das Eigenthum, d. h. das Eigenthum entsteht allerdings durch Gesetz, IV.
aber dies Gesetz ist ein pactum expressum oder tacitum der Einzelnen II. 2 §. 2 Nr. 5 (censeri debet inter omnes convenisse, ut quod quisque occupasset id proprium haberet; II. 8 §. 5 potuit lex harum rerum dominium transferre, cum ad dominium producendum lex sola sufficiat). Vor der Art aber, wie das einzelne Volk in der lex civilis das Eigenthum vertheilt (was denn auch jus gentium improprium sein kann), steht noch als die eigentliche lex naturalis und als wahres jus gentium die Einführung des Eigenthums überhaupt in der societas humana. Das wahre jus naturale aber ist früher als das jus gentium oder naturale improprium (jus naturae non quidem merum, sed quod sequatur introductum jam dominium; naturalis eo quo dixi sensu, introducto jam dominio II. 8 §. 1). — Die Art nun, wie sich nach diesem wahren jus naturale und jus gentium zuerst das Eigenthum gebildet hat (proprietatis exordium) ist folgende:

1. Der ursprüngliche Naturzustand, also das eigentliche jus naturale ist der Zustand der wirklichen absoluten aequalitas oder der allgemeinen communio der körperlichen Sachen (omnia communia omnibus, veluti unum cunctis patrimonium esset. Hinc factum, ut statim quisque hominum ad suos usus arripere posset quod vellet, et quae consumi poterant consumere). Dieser Zustand der communio (talis usus universalis juris) bestand ursprünglich *vice proprietatis*. Er ist überhaupt nur denkbar entweder bei solchen ursprünglichen Verhältnissen (communio ex simplicitate eximia), oder bei sich

IV. besonders nahe stehenden Menschen (communio ex caritate) wie bei den ersten Christen II. 2 §. 2. Der Grund des Wegfallens dieses Communionszustandes ist das weite Auseinanderwohnen der Menschen an verschiedenen Orten, und der justitiae et amoris defectus.

2. Die Menschen (die societas humana) gingen von der vita simplex und innocens zu getrennten Thätigkeiten über (animum applicuerunt ad artes varias), und zwar zunächst zu den ältesten artes: agricultura et pastura, wobei schon eine gewisse Gütertheilung eintrat (non sine aliqua rerum distributione). Es folgte die cupido voluptatis, es folgte Theilung der Menschen in gentes (mox alii alias terras partito posséderunt), wobei aber doch inter homines vicinos mansit non pecorum sed terrarum pascuarum communio; es folgte Theilung der Familien und immer weiter gehende rerum distributio. Der Grund des Ueberganges von der ursprünglichen communio der beweglichen oder wenigstens der unbeweglichen Sachen war, daß die Menschen, des alten rohen Naturlebens überdrüssig, vitae genus exquisitius delegissent, wonach es der *industria* opus fuit, quam singuli rebus singulis adhiberent. So schritten denn, um dies möglich zu machen, die Menschen zur Theilung [1]). Die Sachen gelangten in's Eigenthum des Einzelnen (*in proprietatem iverunt*) nicht durch bloßen animi actus (vgl. oben §. I unter Nr. 1), denn dann hätte ja nicht Jeder wissen können, was der Andere suum esse vellet und wessen also er sich zu enthalten habe, sondern durch ein *pactum*. Dies war entweder ein pactum expressum, wie bei der wirklichen divisio, oder ein pactum tacitum, wie bei der occupatio. Sobald nämlich die communio den Menschen nicht mehr gefiel, und eine besondere divisio nicht stattfand, censeri debet inter omnes convenisse,

---

1) Vergl. die erste Beil. §. VIII.

ut quod quisque occupasset id proprium haberet. So fand denn eben durch dies pactum und namentlich ex agrorum divisione *novi cujusdam juris origo* statt.

An sich ist nach jus naturale das Eigenthum nur als denen zugetheilt zu betrachten, die Vernunft haben es zu gebrauchen; dominium non dari nisi in eo qui ratione utitur. Indeß hat das jus gentium ob utilitatem communem noch eingeführt, daß auch infantes et furiosi dominia accipere et retinere possent, personam illorum interim quasi sustinente genere humano. Indeß betrifft dies Eigenthum doch immer nur das jus habendi nicht das jus utendi; denn dies letztere contra naturam einzuführen, ist den humana jura nicht möglich II. 3 §. 6.

3. Bei der ursprünglichen Gütertheilung ist Einzelnes unvertheilt geblieben.

a. Sachen die in proprium jus abire non possunt, wie das Meer; hier kann gar keine Theilung angenommen werden, denn cum primum terrae divisae sunt war der größte Theil des Meers noch unbekannt, und ex eo nullus fingi modus potest, quo gentes adeo dissitae de divisione convenirent II. 2 §. 3.

b. Anderes wurde bei der prima divisio nicht getheilt, und ist dann erst später und zwar entweder durch wirkliche divisio (pactum expressum) oder durch occupatio in's Eigenthum der Einzelnen gekommen. Es kann nämlich ein populus, der *imperium* habet in terras et aquas, zunächst verbieten, daß gewisse Personen Gewisses daselbst capiendo acquirant II. 2 §. 3 Nr. 3 §. 4. 5. Es kann ferner si quid intra territorium populi est deserti ac sterilis soli, dieses hinterdrein postulantibus zugestanden werden, oder man kann auch die Einzeloccupation gestatten II. 2 §. 17. Es kann endlich auch durch Rechtssatz (lex civilis) ein für allemal und auch in futurum festgestellt sein, daß solche unvertheilte Sachen der Einzeloccupation offenstehen (jus occupandi res mobiles anteverti posse lege civili II. 3

IV. §. 5; II. 8 §. 1; potuit autem lex etiam *ante* occupationem barum rerum dominium *transferre* II. 8 §. 5).

Dies Letztere ist denn jenes jus gentium oder naturale im uneigentlichen Sinn, wie es die Römer der occupatio zuschreiben, aber irrthümlich als eigentliches jus naturale hinstellen. Es ist nämlich in Wahrheit folgendermaßen zu erklären: indem der populus ein territorium occupirt[2]), so ergreift er obgleich plerumque uno actu doch zweierlei nämlich imperium et dominium II. 3 §. 4 Nr. 2. Durch jene Einzelverleihung mittelst divisio oder gestatteter occupatio, ferner durch allgemeines Gesetz daß die occupatio gestattet sei, überträgt er nun sein dominium an den Einzelnen, das imperium aber behält er fortwährend. In der Translation des dominium aber liegt, daß das dominium hier schon bestand, ehe es an den Einzelnen kam II. 2 §. 5; II. 3 §. 4 Nr. 2; II. 8 §. 9 Nr. 1. Es ist also ein Irrthum erst in die Ergreifung des Einzelnen die Entstehung des Eigenthums zu legen. Und so wie dies bei der Ergreifung der herrenlosen Sache gilt[3]), so ist es auch im Allgemeinen bei der (nach allgemeinem consensus gentium der res nullius gleichgestellten III. 6 §. 2 init. §. 8 in fin.) praeda und occupatio bellica, wobei auch in der Regel nach merum jus naturae (semota lege civili et primo) die in bellicis artibus capta populi aut regis bellum gerentis fiunt, indem nämlich nur das ipsum nudum factum spectatur et ex eo jus nascitur III. 6 §. 4. Erst hinterdrein erfolgt dann eine juris translatio lege oder concessu

---

2) Gleichartig noch Stahl II. S. 392 (vergl. oben die dritte Beil. §. IV). Ebenso nimmt auch Savigny zunächst „für den Staat die Gesammtherrschaft über die unfreie Natur innerhalb seiner Gränzen" an, um daraus die Entstehung des Eigenthums „durch Vertheilung der Güter unter die Einzelnen" zu erklären; s. die erste Beil. §. VIII.

3) Es ist hiernach die Stahl'sche Darstellung der Naturrechtstheorie als einer allgemeinen (s. die dritte Beil. §. IV. Note 2) keineswegs richtig.

III. 6 §. 21 Nr. 3 §. 22, wenngleich diese Uebertragung als bedingte schon im Voraus ausgesprochen sein kann. Indem nämlich der populus oder rex durch seine Truppen den Krieg führt, so kommt der naturrechtliche Satz zur Anwendung, daß naturaliter homo hominis alterius *volens volentis* instrumentum est (vgl. oben §. 1 im Anf. — semoto ergo jure civili locum habet quod dicitur, per alium facere quem posse quid per seipsum potest, et perinde esse per se quis faciat an per alium) III. 6 §. 9, wonach denn eben das Eigenthum der Beute zunächst dem populus oder princeps erworben wird. Nur in Betreff der actus privati qui fiunt *occasione* belli publici ist es anders, z. B. spolia aus dem Einzelkampf; per hos actus privatis res quaeritur primo ac directe III. 6 §. 10—12.

4. Trotz der erfolgten Gütertheilung ist es noch immer wichtig festzuhalten, daß die Güter zunächst denen insgesammt gehörten, welche die erste Theilung durch pactum expressum oder tacitum vorgenommen haben. Es ist nämlich nicht der Fall, daß die Gütertheilung oder die proprietas videatur absorpsisse jus illud omne quod ex rerum communi statu nascebatur. Es kommt nämlich auf die factischen Voraussetzungen an, unter denen die Gütertheilung damals erfolgte (s. das Interpretationsprincip oben §. 11). Spectandum enim est, quae mens eorum fuerit, qui primi dominia singularia introduxerunt, quae credenda est talis fuisse, ut quam minime ab *aequitate* recesserit. Danach ist:

a. in gravissima necessitate (s. das Princip oben §. 1 Nr. 2) anzunehmen, reviviscere jus illud pristinum rebus utendi tanquam si communes mansissent; z. B. defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipare possum. Der Grund ist: quod res omnes in dominos distinctae cum benigna quadam receptione primitivi juris videantur. Nam si primi divisores interrogati fuissent, quid de ea re sentirent, respondissent quod

IV. dicimus II. 2 §. 6. Nur muß man, wenn die necessitas aufhört, das Genommene wieder restituiren.

b. Ferner lebt die alte communio noch fort im Fall der utilitas innoxia, d. h. wenn eine Benutzung dem dominus nicht schadet, dem non dominus aber nützt, so hat Letzterer ein Recht darauf, diese Nutzung zu verlangen (postulandum prius, sed si negetur vindicari posse). Der Grund ist derselbe wie bei der necessitas: quia dominium introduci potuit cum receptione talis usus, qui prodest his, illis non nocet, ideoque domini auctores id potius censendi sunt voluisse.[4]) II. 2 §. 11—17, z. B. daß man durch ein fremdes territorium hindurch mit einem dritten entfernten Volke Handel treibe, impediendi nemini jus est; id enim permitti interest societatis humanae, eod. §. 13 Nr. 5.

c. Weitere Folge des früheren Gesammtrechtes vor der Güterverteilung ist, daß nach jus naturale die insula in flumine nata, der alveus derelictus u. s. w. nicht, wie die Römischen Juristen meinen, dem Anlieger sondern dem populus gehören si modo populus flumen dominio occupaverit, was aber im Zweifel anzunehmen ist II. 8 §. 11; denn quae primitus a populo sunt occupata neque postmodum distributa, ea censenda sunt propria esse populi: ac sicut in privati juris flumine nata insula aut derelictus alveus privatorum est, ita in publico utrumque est populi aut eius cui populus dedit II. 8 §. 9. Die Römer haben sich hier ebenso geirrt, wie darin, daß sie auch die specificatio II. 8 §. 19 und die accessio der res minor an die res major II. 8 §. 21 für jus naturale erklären. Letzteres ist vielmehr nur ein *naturale facti* non juris, und alles

4) So wie hier Grotius das Eigenthum überhaupt aus der ersten Vertheilung, als einer dadurch dem Eigenthum unwiderruflich eingelegten Norm erklärt, so ist es auch noch bei Stahl (s. die dritte Beil. §. IV) eine rein naturrechtliche Reminiscenz, daß die erste Zutheilung des Eigenthums eine ein für allemal unwiderrufliche sein soll.

dies enthält nur positive Gesetzgebung natura non repugnante, quia lex dandi dominii jus habet. Es liegen hier also nur naturalia pro certo statu vor, welche von den eigentlichen naturalia praecepta, quae societatis humanae vinculum continent, diligenter zu distinguiren sind II. 8. §. 26.

d. Schließlich ist der alte Zustand der Gemeinschaft auch der Grund, daß sich aus dem Eigenthum obligatorische Verhältnisse erzeugen. Ist nämlich aus des Einen Vermögen eine Sache in des Anderen Hand gekommen, so entsteht, wenn die Sache noch vorhanden ist (ex rebus exstantibus) eine obligatio, wonach der dominus seine Sache condiciren kann, und zwar muß hier auch nach jus naturale der b. fid. possessor die fructus exstantes mit restituiren II. 10 §. 1. 3. 4. Ist aber die Sache nicht mehr vorhanden (de rebus non exstantibus hoc humano generi placuit), so entsteht die Obligation auf das, worauf der Sachinhaber locupletior factus est II. 10 §. 2; justitia expletrix, quoties ad idem non potest pertingere fertur ad tantundem, quod est morali aestimatione idem II. 7 §. 2 Nr. 1. Der Grund des Entstehens dieser Obligationen ist, daß gleichsam noch immer eine Gemeinschaft des Einen an den Sachen des Anderen besteht, welche aus Jenes Vermögen in das des Letzteren gekommen sind, wonach denn auch der Inhaber angeben muß, was aus dem fremden Vermögen in das seinige gekommen ist; sed indicere tenetur, ut alter recipere suum possit. Nam sicut *in rerum communium statu* observanda erat aequalitas quaedam, ut huic non minus quam alteri rebus communibus uti liceat, ita *introducto dominio haec quasi societas inter dominos contracta est*, ut qui rem alienam in sua haberet potestate *eam domino redderet*. Nam si dominii ea tantum fuisset vis ut poscenti domino reddenda res esset, nimis debile fuisset dominium et nimis sumtuosa custodia II. 10 §. 1 Nr. 2.

v. V. Die voluntas der Individuen macht endlich das Aufgeben des Eigenthums, das Ueberlassen desselben an Andere, und den auf Veräußerung gerichteten Vertrag nach jus naturale bindend. Es ist nämlich nicht richtig die Ansicht des Connanus, daß pacta nur wenn ein συνάλλαγμα vorliegt, nach jus naturae bindende Kraft hätten. Die voluntas ist es vielmehr, wenn sie nur als äußerlich gesetzte dasteht (ubi ad determinationem talem accedit signum volendi jus proprium alteri conferre II. 11 §. 4), und wenn nur von der anderen Seite die Acceptation vorliegt II. 11 §. 14, wodurch in Gemäßheit des jus naturale das rechtlich Bindende des Verhältnisses eintritt (nihil esse tam naturale, quam *voluntatem* domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi[1]) II. 11 §. 1 Nr. 4. — Hierin liegt:

1. Die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages, also der Zusagen auf demnächstige Vermögensleistung, welche nach jus naturale voraussetzen, daß die Contrahenten den Gebrauch der Vernunft hatten, nicht in Irrthum über die fundamentalen praesumtiones facti waren u. s. w. II. 11 §. 5 Nr. 1. §. 6 Nr. 2. Ueber diese Verträge können allerdings auch durch die lex civilis noch besondere Satzungen getroffen werden, aber es giebt auch Verträge, die außerhalb des territorium der lex civilis liegend ganz allein nach jus naturale zu beurtheilen sind: si in mari pactio fit, aut in vacua insula, aut per literas inter absentes. Talia enim pacta jure solo naturae reguntur, ut et pacta eorum, qui summam potestatem habent. Die völkerrechtlichen Verträge, welche die Staatsgewalten als solche schließen, stehen nämlich über der lex civilis II. 11 §. 5 Nr. 3.

2. Auf der voluntas des dominus ruht ferner das Aufgeben des Eigenthums und das Herübergelangenlassen der Sache auf Andere; ex jure naturali nämlich kommt es her,

1) Vgl. oben §. 40 Note 4.

daß quisque suum potest abdicare, und solches Abdiciren ist nach der naturalis praesumtio zu beurtheilen, qua voluisse quis creditur quod sufficienter significavit II. 4 §. 4 Nr. 2. Aus der voluntas des Aufgebens, bezüglich des Herübergelangenlassens, erklärt sich nun namentlich Folgendes:

a. Daß wilde Thiere, wenn sie custodiam nostram evaserint, aus unserem Eigenthum treten, ist nicht mit den Römischen Juristen bloß aus dem Factum des Erlangens der natürlichen Freiheit zu erklären, sondern ex probabili conjectura, quod ob difficillimam persecutionem eas pro derelictis habere credamur, praesertim cum internosci quae nostrae fuerint ab aliis non possint II. 8 §. 3 (non esse et non apparere tantundem valent quoad eum cui non apparet II. 10 §. 11).

b. Ferner das ganze **Intestaterbrecht** ruht seit Einführung des Eigenthums nach jus naturale auf der voluntas des Individuums. Der dominus hat als solcher die volle freie Macht über die Sache (concedimus enim, plenum esse dominium penes eum de cuius voluntate agimus II. 7 §. 11 Nr. 1 in fin.), der Wille des dominus ist nun entweder im Testament sein wirklicher Wille oder im Intestaterbrecht sein präsumtiver Wille. Successio ab intestato quae dicitur, posito dominio, remota omni lege civili, *ex conjectura voluntatis* naturalem habet originem. Nam quia dominii ea vis erat, ut *domini voluntate transferri in alium posset*, etiam mortis causa et retenta possessione, si quis voluntatis suae nullam edidisset testationem, cum tamen credibile non esset eius eum mentis fuisse, ut post mortem suam bona occupanti cederent, sequebatur ut eius esse bona intelligerentur, cuius ea voluisse defunctum maxime erat probabile. Creditur autem in dubio id quisque *voluisse quod aequissimum et honestissimum est.* In hoc autem genere prima est causa eius quod debetur, proxima eius quod etsi non debetur *officio congruit* II. 7 §. 3.

v. c. Auch die Usucapion erklärt sich als ein Institut des Naturrechts[2]) aus der voluntas domini. Indem nämlich als solche voluntas auch erscheint, was die naturalis praesumtio ergiebt: qua voluisse quis creditur quod sufficienter significavit, so kommt unter solchen Significationen nicht bloß das positive Thun sondern auch das Unterlassen des dominus in Betracht (sub factis autem moraliter veniunt et non facta, considerata cum debitis circumstantiis II. 4 §. 5 Nr. 1). Die Usucapion ist nämlich nichts als die Fiction des Aufgebens des Eigenthums, die Zeit giebt eine Präsumtion für die voluntas des Aufgebens, und deßhalb ist auch die Unterscheidung der praesentia und absentia schon im jus naturale begründet (inter praesentes tamen minus temporis spatium ad hanc conjecturam sufficit quam inter absentes, etiam seposita lege civili II. 4 §. 6). Die Usucapion ist eine präsumirte Dereliction II. 4 §. 5 Nr. 3, weßhalb auch das tempus memoriam excedens als quasi infinitum ad rei derelictae conjecturam semper sufficere videbitur II. 4 §. 7. Für alle Usucapion aber gilt der Satz, daß qui rem suam ab alio teneri scit, nec quicquam contradicit multo tempore[3]), is nisi causa alia manifeste appareat, non

---

2) Nicht richtig ist, was Stahl allgemein ausspricht II. 292: „Für den Standpunkt des älteren Naturrechts ist keine Entstehung von Rechten begreiflich außer durch freien Willen des Erwerbers und der zu Verpflichtenden. Die Verjährung wird deßhalb nicht als eine naturrechtliche sondern als bloß positivrechtliche Erwerbsart angesehen".

3) Die Erklärung, die Stahl von der Usucapion giebt, ist im wesentlichsten Punkte noch die des Grotius: „Der andere Einwand, daß das Recht des Einen nicht aufhören könne ohne seinen Willen, würde wenn er richtig wäre, das positive Institut der Verjährung zur Ungerechtigkeit stempeln; aber er ist deßwegen nicht richtig, weil Rechte, die auf dem Willen des Berechtigten beruhen, ihrem Wesen nach auch eine Actualität desselben fortwährend erfordern. Wenn nun auch nach der beschränkten menschlichen Natur ein unausgesetztes Bewußtsein und Geltendmachen

videtur id alio fecisse animo, quam quod rem illam in suarum rerum numero esse nollet II. 4 §. 5 Nr. 1, woraus denn weiter folgt, daß in Betreff des Eigenthümers zwei Erfordernisse zu machen sind: ut silentium sit *scientis* et ut sit libere *volentis*. Diese Erfordernisse machen denn allerlei Schwierigkeiten, z. B. eine perdifficilis quaestio ist: an nondum natis jus suum tacite tali derelictione possit decedere. Diese löst sich aber jure naturali so: eius qui nondum natus est nullum jus est; .... parentibus autem, e quibus nasci possunt qui jus suo tempore essent habituri, id ipsum jus derelinquentibus, nihil est quod obstet, quominus illud ut derelictum ab alio occupari possit.

3. Auf der (von der anderen Seite acceptirten) voluntas domini ruht endlich auch die Eigenthumstradition. In Betreff dieser Eigenthumsveräußerung ist nach jus naturale sowohl in der Person des Eigenthumsveräußerers wie des Eigenthumsempfängers erforderlich, daß nicht bloß eine innerliche voluntas vorliege (quia actus internus non est congruens naturae societatis humanae), sondern auch eine äußere Satzung des Willens (voluntas quae signo exprimitur II. 6 §. 1. 2). Dagegen die factische traditio der Sache ist nach jus naturale zur Eigenthumstradition nicht nöthig, sondern sie beruht lediglich auf der lex civilis (ad dominii translationem naturaliter traditionem non requiri) II. 8 §. 25, und wenn die juris Romani auctores die traditio für jus naturale erklären, so wird dies eben nur irrthümlich für wahres jus naturale gehalten, indem es sich

---

des Rechts nicht gefordert werden kann, so hat doch die gänzliche Unactualität eine Gränze, an der sie zum Verluste desselben führen muß" II. S. 293. Also auch Stahl deducirt die Usucapion aus dem Willen des Berechtigten, wonach „nach dem Wesen" des Eigenthumsrechtes dies von Innen heraus durch die Nichtausübung in gewisser Zeit zusammenstürzt. Und doch ist die civilis ratio, auf der das Usucapionsinstitut ruht, von völlig anderen Ausgangspunkten aus zu erklären.

v. vielmehr lediglich um das s. g. jus naturale pro certo statu handelt. Der Grund, daß die traditio nicht erforderlich ist zum Eigenthumsübergange, liegt darin, daß es ja naturaliter nur auf die voluntas ankommt, wo aber diese vorliegt dann auch nichts Weiteres erfordert werden kann[4]), und die voluntas doch nie aus anderen Momenten eine eigentliche juristische Verstärkung zu entnehmen vermag II. 11 §. 1 Nr. 5; tum vero nulla ratio reperiri potest, cur *leges*, quae quasi pactum commune sunt populi atque hoc nomine vocantur ab Aristotele et Demosthene, *obligationem pactis possint addere*, voluntas autem cuiusque, hoc omni modo agentis ut se obliget, idem non possit, praecipue ubi lex civilis impedimentum non affert. Adde *quod voluntate sufficienter significata transferri rei dominium potest*, quidni ergo possit transferri jus in personam aut ad transferendum dominium (quod jus ipso dominio minus est) aut ad aliud agendum, quippe cum in actiones nostras par jus habeamus atque in res nostras. Der Grund also für die Geltung obligatorischer Verträge (ad transferendas actiones nostras vgl. oben Nr. 1) und der Eigenthumsveräußerung (ad transferendas res nostras) ist einer und derselbe. Deßhalb muß auch nach jus naturale angenommen werden, daß beim Kauf im Allgemeinen durch den Kaufabschluß selbst das Eigenthum übertragen wird; de venditione et emtione notandum etiam, sine traditione ipso contractus momento transferri dominium posse[5]), atque id esse simplicissimum II. 12 §. 15.

---

4) Vgl. hiemit Stahl II. 394: „Das Erforderniß der Besitznahme ist für den derivativen Erwerb nicht in gleicher Weise wesentlich ...... Bei dem Erwerb durch Uebertragung ist es nicht schlechterdings geboten, weil man hier die Gewalt über die Sache mittelst des Willens des Anderen erlangt"; s. oben §. 7.

5) Vgl. oben §. 38 Note 3.

Quellenregister.

(Die eingeklammerten Zahlen bedeuten die Seiten.)

I. Römische Quellen.

II. Deutsche Quellen.

Verbesserung.

S. 24. Z. 17. v. u. statt: läßt lies: lassen.

Leist, Burkard Wilhelm,

Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse

Bd.: 3. Heft

Jena 1859